

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

APPRÉCIATION IN ABSTRACTO
ET
APPRÉCIATION IN CONCRETO
EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 10 juin 1963

PAR

NOËL DEJEAN DE LA BATIE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Henri MAZEAUD, Professeur

Suffragants { M. FLOUR, Professeur
 { M. TUNC, Professeur

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20
1965

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

APPRÉCIATION IN ABSTRACTO
ET
APPRÉCIATION IN CONCRETO
EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 10 juin 1963

PAR

NOËL DEJEAN DE LA BATIE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Henri MAZEAUD, Professeur

Suffragants { M. FLOUR, Professeur
M. TUNC, Professeur

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20
1965

*La Faculté n'entend donner ni approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses. Ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



INTRODUCTION

1. — Que la loi civile, en mainte occasion, fasse prévaloir l'abstrait sur le concret, c'est une évidence unanimement reconnue et qui répond à une nécessité impérieuse. Que, pour prévenir de vaines contestations, le législateur établisse des critères invariables et sûrs, fondés sur l'observation générale et moyenne (par ex. en fixant la majorité civile à un âge uniforme, ou en instituant ce qu'on nomme traditionnellement des « présomptions irréfragables »), il n'y a pas lieu, après Ihering et Gény, de vouloir l'expliquer à nouveau. Dût-elle ne pas fournir la meilleure solution dans tel cas particulier, une règle légale abstraite présente l'avantage décisif de couper court à toute incertitude.

Souvent, pourtant, l'exigence de la justice et du bien commun dépend de circonstances trop complexes pour pouvoir être fixée à l'avance dans une formule rigide. Quand tel est le cas, le législateur recourt à un critère suffisamment souple — un « standard » dirait-on en anglais (1) — en se référant à des notions (comme celles d'apparence, d'utilité, de faute, etc.) dont l'extension n'est pas rigoureusement déterminée *a priori*. Alors il appartient au juge de se livrer à une véritable *appréciation*, en rapprochant ces notions légales des circonstances particulières de chaque espèce.

Mais si le juge reçoit ce pouvoir dans la mesure même où il convient de tenir compte des circonstances concrètes, comment, alors, peut-on concevoir de sa part une appréciation « *in abstracto* »? Sans doute la réalité se dérobe-t-elle parfois à lui; il est donc légitime que, faute de pouvoir l'appréhender directement, il en présume les éléments en fonction de la généralité des cas. Mais quand aucune difficulté insurmontable ne se présente sur le terrain de la preuve, pourquoi ferait-il abstraction des circonstances particulières? Autant l'on comprend

(1) Cf. POUND, *An Introduction to the Philosophy of the Law*, New-Haven 1922, Yale University Press, spécialement p. 118. AL-SANHOURY, *Le standard juridique*, Études Gény, t. II, p. 144-156. MARCEL O. STATI, *Le standard juridique*, thèse Paris 1927.

que le législateur édicte une règle abstraite excluant toute appréciation par le juge, autant il semble surprenant, à première vue, que celui-ci, procédant à une appréciation singulière, puisse ignorer délibérément le concret.

2. — Aussi bien n'est-il pas douteux que les tribunaux, lorsqu'ils ont à préciser une norme juridique dont le contenu est fonction d'une situation, doivent considérer celle-ci dans toute sa réalité particulière et ne pas la réduire à un schéma qui n'en retiendrait que certaines données principales. Ils ne doivent pas, en pareil cas, raisonner « dans l'abstrait », au sens plutôt péjoratif que le langage usuel donne à cette expression, c'est-à-dire sans tenir compte des circonstances propres à l'espèce. S'ils méconnaissent ce principe — du moins dans un domaine où la Cour de cassation exerce son contrôle —, ils s'exposent à voir leurs décisions censurées pour avoir statué « par des motifs d'ordre général » et pour n'avoir pas recherché si « dans les circonstances de la cause » la solution qu'ils adoptaient était juridiquement fondée (2).

3. — Cela ne veut pas dire, pourtant, que les juges ne puissent tenir compte de données abstraites, de lois naturelles générales, pour se dispenser d'examiner certaines circonstances. S'agissant par exemple d'apprécier l'imprudence, notion qui implique l'existence d'un danger lié à un comportement, le juge sait, de façon générale mais sans aucun doute possible, que certains actes sont intrinsèquement dangereux. S'il faut tenir compte de circonstances diverses et variables pour décider s'il est dangereux de conduire une voiture à telle ou telle vitesse, en revanche on sait à l'avance, abstraitement et sans autre examen, qu'il est catastrophique de plonger une allumette enflammée dans un réservoir d'essence. S'il faut tenir compte des circonstances pour savoir quand l'on peut raisonnablement laisser sa liberté à un adolescent, on peut à coup sûr affirmer, *a priori* et dans l'abstrait, qu'il est téméraire de laisser errer sans surveillance un enfant de 2 ans. Dans certains cas, on le voit, il suffit de connaître un nombre de données de fait extrêmement restreint pour pouvoir porter sur ces faits une appréciation qu'aucune autre circonstance ne saurait démentir. En de tels cas, et dans cette mesure, il est légitime de raisonner dans l'abstrait.

Mais si c'était en cela que consistait l'appréciation *in abstracto*, il faut convenir qu'elle ne présenterait pas grand intérêt, du moins en ce qui concerne le fond même du droit. Il est sans conséquence, en effet, que le juge néglige des circonstances particulières, dès lors qu'on est d'avance certain que ces circonstances ne pourraient rationnellement modifier le résultat de son appréciation. A ce sujet le seul

(2) Voir par exemple : Civ. 1^{re} sect., 20 décembre 1960, J.C.P. 1961.II.12031 et note A. TUNC, D. 1961.141 et note P. ESMEIN, S. 1961.178; Civ. 2^e sect., 12 mars 1964, D. 1964.384, 1^{re} espèce.

problème qui peut se poser est celui de savoir, dans chaque cas, à quel stade d'information le juge peut arrêter son jugement en ayant la certitude que les circonstances particulières qu'il néglige ne peuvent plus avoir d'importance. Mais cet aspect du conflit entre l'abstrait et le concret ne suscite de difficulté, il faut l'observer, que sur un plan purement judiciaire, par exemple pour décider si une offre de preuve est ou non pertinente, ou pour contrôler la suffisance ou l'insuffisance des motifs d'une décision. Mais quant au fond il n'y a pas d'hésitation : il faut en principe avoir égard aux circonstances concrètes, même singulières, dans toute la mesure où celles-ci, de par leur nature, sont propres à influencer logiquement l'appréciation.

S'il en est ainsi, à vrai dire, la question précédemment posée demeure entière : comment donc concevoir qu'il puisse exister, en certains domaines, un *principe* d'appréciation *in abstracto*?

4. — Pour le comprendre, il faut donc apporter une précision essentielle : c'est que l'appréciation *in abstracto* ne laisse de côté, parmi les circonstances particulières, que celles qui ont un caractère *personnel*. Classiquement, en effet, ce mode de raisonnement ne se ramène pas à juger « dans l'abstrait », sans tenir compte de la conjoncture singulière de l'espèce; il fait seulement abstraction des données *particulières aux sujets en cause*, non des circonstances qui leur sont extérieures et qui caractérisent une situation (3).

Certains auteurs, cependant, et même des décisions judiciaires, opposent l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* en entendant par là que la première néglige les circonstances particulières de la cause, dont la seconde, au contraire, tient compte (4). Mais une telle terminologie, outre qu'elle rend l'appréciation *in abstracto* difficilement justifiable, est contraire à la tradition la mieux établie.

5. — L'opposition de l'appréciation *in abstracto* et de l'appréciation *in concreto* apparaît en effet, historiquement, comme celle de deux raisonnements reposant respectivement sur la considération d'un *type humain général* et sur celle d'un *individu singulier*. C'est à

(3) Voir notamment sur ce point : A. RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, n° 91, p. 111.

(4) Tribunal fédéral suisse 13 octobre 1926, S. 1927.4.14 : « Le degré de la surveillance usitée doit être apprécié en considération des circonstances particulières de la cause et être examiné *in concreto*... ». Note de M. le Conseiller BLIN sous Civ. 1^{re} sect. 16 juillet 1956, J.C.P. 1956.II.9583 : « La notion d'imprévisibilité ne doit pas s'apprécier *in abstracto* mais *in concreto*. Un événement n'est jamais en soi prévisible ou imprévisible; tout dépend des circonstances dans lesquelles il se produit ». J.-P. BRUNET, chronique à la Gaz. Pal. 1957.2, Doctr. p. 72 : « Si l'on pense que l'imprévisibilité du fait doit être appréciée *in concreto*, c'est-à-dire compte tenu des circonstances particulières de chaque espèce... ». Paris 29 juin 1962 (2 arrêts), J.C.P. 1963.II.13011 : « L'appréciation de cet intérêt légitime (à changer de prénom) doit être faite non *in abstracto* mais *in concreto*, en raison des circonstances de l'espèce envisagée... ». Rapp. : Paris, 14 décembre 1961, Gaz. Pal. 1962.I.135; Trib. police Briançon 13 février 1962, D.1962.484.

une telle opposition, mise en œuvre par le droit romain à propos du contenu des obligations de diligence, que les commentateurs ont voulu donner une forme systématique en distinguant la *culpa in abstracto* et la *culpa in concreto*.

Ces expressions, à vrai dire, ne figurent pas dans les textes romains eux-mêmes. Mais le droit de Justinien connaissait, dans le domaine des obligations contractuelles ou légales, plusieurs notions différentes de la diligence, parmi lesquelles il en était deux qui s'opposaient, précisément, comme le général s'oppose à l'individuel. L'une, en effet, — valable normalement en matière de contrats de bonne foi et s'appliquant par exemple au vendeur, au mandataire, au créancier gagiste — imposait la diligence du *bonus* (ou : *diligens*) *paterfamilias*, type abstrait de l'administrateur soigneux (5). L'autre, au contraire, se référerait au débiteur lui-même, en lui imposant simplement d'apporter, dans la gestion des affaires d'autrui, le même soin que dans celle des siennes (« ... *quam in suis rebus* »); de ce second critère, considéré comme plus indulgent, il était fait application à certains débiteurs administrant le bien d'autrui avec le leur propre : mari tenu de restituer la dot, tuteur, curateur, associé, copropriétaire (6).

C'est cette distinction, trouvée dans le Digeste, que les commentateurs du droit romain et les théoriciens de notre ancien droit ont utilisée, généralement en la combinant avec la théorie des trois fautes. C'est ainsi que pour Pothier la faute légère — intermédiaire entre la faute lourde et la faute très légère — se définissait en principe d'après le soin ordinaire que déploient dans la conduite de leurs affaires « les personnes prudentes », « les diligents pères de famille », voire simplement « le commun des hommes » (7) : c'était le critère de la *culpa levis in abstracto*, normalement applicable aux contrats conclus dans l'intérêt des deux parties. Mais parfois nos anciens auteurs appréciaient la faute légère d'après le soin apporté par le débiteur lui-même à ses propres affaires : c'était le critère de la *culpa levis in concreto* ; Domat, par exemple, l'appliquait (conjointement avec celui de la faute lourde) au contrat de dépôt, passé dans le seul intérêt du déposant (8).

On voit par là que l'appréciation *in abstracto* n'a jamais consisté à raisonner dans l'abstrait, sans avoir égard aux circonstances particulières de la cause. Si l'on se demande, par exemple, quelles précautions aurait prises un bon père de famille pour conserver une chose, la question n'a de sens, bien évidemment, que si l'on tient compte des

(5) Digeste, 9, 2, fr. 31; 17, 1, fr. 8 et 10; 18, 1, fr. 35; Institutes, III, 14, 4. Voir R. MONIER, Manuel de droit romain, t. II, 5^e éd., n° 171, p. 235. Et sur l'origine du recours à la notion de bon père de famille: RANJARD, La responsabilité civile dans Domat, thèse Paris 1943, p. 28.

(6) Digeste, 10, 2, fr. 25; 17, 2, fr. 72; 23, 3, fr. 17; 26, 7, fr. 33; 27, 3, fr. 1. MONIER, *op. cit.* n° 171, p. 235-236.

(7) Obligations, n° 142; Dépôt n° 26; Louage, n° 190; Appendice au Traité des obligations, éd. Bugnet, t. II, p. 497 et s.

(8) Les lois civiles dans leur ordre naturel, liv. I, tit. VII, sect. 2, art. 2.

périls particuliers auxquels cette chose se trouvait exposée en l'espèce. En faire abstraction, ce serait priver de tout intérêt le recours à un type de comparaison; ce serait appliquer une règle déterminée et non plus procéder à une appréciation véritable.

6. — Mais si l'opposition des deux modes de raisonnement envisagés se limite ainsi à celle de la considération de données *humaines* abstraites ou individuelles, la difficulté de comprendre l'appréciation *in abstracto* s'en trouve seulement reculée. Car, dira-t-on, pourquoi une analyse qui tient compte de toutes les données concrètes particulières exclurait-elle, uniquement, les singularités humaines? Ne sont-ce pas là, après tout, des circonstances parmi d'autres? Pourquoi, dès lors, les déclarerait-on, dans certains domaines, inopposables?

Que cette question de l'opposabilité des données personnelles se pose très sérieusement en maints domaines du droit civil, il est pourtant facile de le concevoir, même sans anticiper sur l'étude détaillée des fondements de l'appréciation *in abstracto*. Peut-on autoriser, en effet, des sujets d'obligations à se prévaloir de leurs inaptitudes particulières pour se prétendre tenus à moins d'adresse ou de sagacité que d'autres? Faut-il permettre à des contractants, sous prétexte que leur courage est faible ou leur intelligence médiocre, d'invoquer comme vices du consentement des craintes dérisoires ou des erreurs grossières? Tiendra-t-on le défaut d'une chose pour un vice caché, au seul motif que l'acheteur était trop borné pour s'en apercevoir? Il est permis de craindre, *a priori*, que de telles solutions ne soient de nature à paralyser les relations juridiques, en introduisant dans la vie sociale une insécurité constante. Du point de vue de l'intérêt commun, il y a évidemment avantage, au contraire, à ce que les individus, en dépit de leur diversité et de l'inégalité de leurs aptitudes, soient en principe soumis aux mêmes normes lorsqu'ils se trouvent dans des situations semblables. Il est vrai que si l'on se place, à l'inverse, au point de vue des sujets moins doués ou moins aptes, la méconnaissance des caractères individuels peut sembler parfois rigoureuse ou même injustement sévère.

Entre l'intérêt général, facilement menacé par les inaptitudes et les anomalies, et d'autre part l'intérêt des individus singuliers, considérés dans leur personnalité concrète et avec leurs faiblesses propres, il y a donc un conflit latent que l'on ne saurait méconnaître.

7. — Le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* s'est ainsi inévitablement posé au juge civil, dans tous les domaines où il lui fallait préciser, au regard des cas particuliers, l'extension d'une notion juridique souple comportant un élément humain. Et c'est là un problème de fond, non une simple question de preuve. Certes une sérieuse difficulté peut apparaître, dans les cas où prévaudrait en principe l'appréciation *in concreto*, du fait que les états de conscience, les aptitudes, les besoins subjectifs sont souvent difficiles à appréhender avec certitude; dans le doute, il est donc normal de

présumer qu'un individu quelconque possède les caractéristiques moyennes révélées par l'observation du groupe social. Mais cette forme de recours à l'abstrait est banale et sans grand intérêt : on présume qu'un individu est *a priori* semblable au commun des mortels, comme on présume qu'une chose est semblable aux choses de même espèce. Le problème original et délicat que pose l'appréciation des données humaines, c'est évidemment le problème de fond, celui de l'uniformité ou de l'individualisation du standard juridique.

Que la difficulté de preuve soit d'ailleurs souvent surmontable, c'est ce que montre la technique même de l'appréciation *in concreto* traditionnelle. Lorsque c'est un comportement qu'il s'agit d'apprécier *in concreto*, et qu'il est malaisé de scruter l'âme de l'agent pour discerner le soin subjectif qu'il a déployé, il demeure possible de comparer sa conduite à celle qu'il a tenue dans des circonstances analogues mais où, son propre intérêt étant engagé, il était moins suspect d'incurie. C'est le procédé qui servait à apprécier la *culpa levis in concreto*, et c'est celui que prévoit encore l'article 1927 du Code civil lorsqu'il dispose que le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, « les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent ». Pour mettre en œuvre une telle règle, il suffit — comme lorsqu'on se réfère au bon père de famille — de se livrer à la comparaison de deux comportements. Toutefois il est clair que ce critère, sous une forme tendant à faciliter la preuve, traduit un principe de distinction qui, fondamentalement, réside dans l'opposition de données psychologiques (volonté de soin, d'une part, incurie d'autre part).

Mais on parle également d'appréciation *in concreto* lorsque le juge prend pour mesure de son appréciation la personne même d'un individu, avec ses besoins, ses aptitudes ou ses états de conscience subjectifs, ce qui oblige à scruter directement l'intériorité psychologique, dans certains cas du moins. Ici la difficulté de preuve peut être sérieuse; Pothier l'opposait déjà à Le Brun, qui prétendait mesurer le contenu des obligations de diligence aux facultés personnelles du débiteur (9). Pourtant cette difficulté n'est nullement insurmontable, même dans le domaine psychologique; elle ne le devient que si l'on exige, au lieu d'une vraisemblance suffisante, une certitude absolue — ce qui est tout à fait arbitraire (10). Placer sur le seul terrain de la preuve le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*, c'est, en réalité, renoncer à le comprendre.

8. — On s'interdirait également une vraie compréhension du problème si l'on méconnaissait qu'il peut recevoir, non pas deux, mais plusieurs solutions différentes.

En présence d'une notion juridique impliquant référence à l'humain, l'appréciation peut osciller, assurément, entre deux pôles

(9) Voir la controverse dans POTHIER, Œuvres, éd. Bugnet, t. II, p. 497 et s.

(10) Voir *infra*, n° 118.

extrêmes, qui sont la référence à un type purement abstrait et celle qui serait faite à la personne même du sujet en cause. Mais elle peut aussi faire choix d'un type intermédiaire — moyennement abstrait, si l'on peut dire —, retenant par exemple certaines particularités du sujet à l'exclusion des autres. Ainsi, à propos du vice de violence, l'article 1112 du Code civil suggère de prendre pour type de comparaison « une personne raisonnable » (modèle abstrait), mais de même âge, de même sexe et de même condition que le contractant considéré (autant de données humaines observées *in concreto*). De même, pour savoir si un aveugle s'est comporté prudemment en traversant une rue, on pourrait comparer sa conduite à celle qu'aurait eue normalement dans les mêmes circonstances, non pas un homme quelconque (purement abstrait), ni à l'inverse un individu doté de toutes les particularités physiques et psychiques du sujet (ce serait considérer le concret), mais simplement un autre aveugle, type à la fois général et particulier (11).

Pour qualifier de tels modes d'appréciation intermédiaires, faut-il parler d'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*? La question, en vérité, ne nous paraît pas comporter d'autre réponse que celle que chacun veut bien lui donner. On peut admettre, pourtant, que c'est question de degré, que cela dépend de l'importance plus ou moins grande des éléments concrets introduits dans le type général.

9. — Ce qui est certain, en tout cas, c'est que l'on se trouve en présence de modes d'appréciation *a priori* très variés. D'un point de vue technique on n'a — serait-on tenté de dire — que l'embarras du choix. Mais quels procédés sont véritablement adéquats aux fins que se propose le droit et vont, à ce titre, être effectivement retenus? Voilà la question que le présent travail doit élucider.

On pressent aisément, à vrai dire, que cette question est complexe. L'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto*, avec leurs variétés, peuvent en effet être envisagées comme modes de raisonnement possibles, *a priori*, à propos de la détermination de notions très diverses. Il serait surprenant que cette diversité ne conduise pas à faire prévaloir, selon le cas, tantôt un système, tantôt un autre.

Parfois la notion donnant lieu à appréciation se situe dans un domaine essentiellement normatif : ainsi, lorsque l'on se demande si une faute doit être appréciée *in abstracto* ou *in concreto*, le premier problème qui se pose est celui de savoir si des données subjectives peuvent avoir une influence sur le contenu du devoir ou de l'obligation dont la violation est alléguée. Or des notions comme celles de devoir ou d'obligation sont intrinsèquement normatives, elles ne se rapportent pas directement à la réalité humaine. Elles sont « abstraites », au sens où l'on dit qu'un concept est abstrait pour signifier

(11) On sait qu'en logique formelle — contrairement à ce que laisserait croire le langage vulgaire — le particulier ne s'oppose nullement au général, mais à l'universel.

non qu'il est général mais qu'il désigne une réalité purement intellectuelle.

Dans d'autre cas, au contraire, l'appréciation est relative à des notions qui, tout en pouvant recéler une norme, portent en elles-mêmes un contenu humain incontestable, un certain poids de réalité sensible : des concepts comme ceux de besoins ou de dommage, par exemple, ne sont pas purement intellectuels et juridiques, ils ont un contenu sensible, « concret », très évident.

Lorsque les notions juridiques contiennent ainsi une référence directe à la réalité humaine, il est aisé de comprendre qu'elles inclinent plus naturellement les juges à apprécier cette réalité telle qu'elle se présente à eux dans chaque cas particulier, c'est-à-dire *in concreto*. Au contraire, lorsque le caractère normatif prédomine dans une notion juridique, la règle tend facilement vers la généralité. Mais cette observation déplace le problème plus qu'elle ne le résout ; car, dira-t-on, pourquoi la loi utilise-t-elle parfois des notions suggérant la prise en considération de la réalité humaine dans toute sa diversité, et parfois, à l'inverse, des notions qui permettent de méconnaître cette diversité ?

10. — Pour aller plus au fond des choses, il faut donc observer que les notions où le caractère normatif prédomine — comme celle de faute — apparaissent surtout dans la loi lorsque celle-ci envisage les rapports juridiques du côté passif, c'est-à-dire du côté des sujets de devoirs et d'obligations. En revanche, les vocables qui se réfèrent à une donnée humaine de fait (intérêt, besoins, dommage, etc., ou encore les notions de croyance, d'ignorance ou de crainte impliquées dans les vices du consentement) apparaissent plutôt quand la loi envisage les relations juridiques du côté de sujets qu'elle entend protéger. Il est normal, en effet, que le droit, lorsqu'il met en œuvre une institution destinée à protéger ceux qui se trouvent dans une situation donnée, considère leur intérêt tel qu'il existe concrètement, influencé le cas échéant par leurs dispositions subjectives particulières. Le fait de tenir compte des réalités individuelles n'implique alors aucune *dérogation*. Au contraire, dans la mesure où la règle juridique vise à imposer ou à sanctionner un devoir, on comprend qu'elle admette difficilement des dérogations fondées sur la subjectivité du débiteur ou de l'agent ; en effet, les particularités existant chez celui-ci n'influent pas, en ce cas, sur l'utilité de la règle et sur les intérêts dont elle assure la défense.

11. — Néanmoins, des obligations ne peuvent être imposées sans tenir compte, dans une certaine mesure, des intérêts et des possibilités de ceux sur qui elles pèsent. Et, à l'inverse, une protection juridique ne peut être inconditionnelle : on conçoit aisément que des besoins ne soient opposables que s'ils sont normaux, ou que des vices du consentement ne soient pas invocables s'ils procèdent de la seule négligence du sujet qui s'en prévaut ; la sécurité générale exige qu'une certaine norme soit imposée même à ceux qui bénéfi-

cient d'une règle protectrice. *A priori* il paraît donc difficilement admissible que les sujets d'obligations se voient opposer un principe absolu de méconnaissance de leurs particularités individuelles, cependant que les bénéficiaires d'une protection juridique pourraient se prévaloir inconditionnellement de leurs diversités. Dans le cas des premiers comme dans celui des seconds, en réalité, il demeure une constante en laquelle se manifeste l'unité profonde du problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* : c'est que la considération des particularités individuelles est logique au point de vue du sujet qui en est affecté, mais dangereuse pour la sécurité d'autrui. Il en résulte que le recours systématique à l'appréciation *in abstracto* dans un domaine, et à l'appréciation *in concreto* dans un autre, risque de produire une certaine impression de discordance. On reste perplexe, par exemple, à l'idée qu'une erreur due à la bêtise puisse être pour son auteur, soit le principe d'une faute (si on apprécie la faute *in abstracto*), soit un titre à la protection du droit (si l'erreur comme vice du consentement s'apprécie *in concreto*)...

Ces remarques, certes, n'empêchent pas de penser que les particularités individuelles doivent jouer un plus grand rôle chez ceux que la loi protège, que chez ceux qu'elle oblige. Il est certain, malgré tout, que les règles protectrices sont instituées pour ceux qu'elles protègent, et tendent donc à s'adapter à eux pour être adéquates à leur objet, tandis que les devoirs et obligations ne sont pas établis en faveur des sujets obligés et n'ont donc pas les mêmes raisons de se modeler étroitement sur leur personne. Mais on en a assez dit pour faire pressentir qu'une telle opposition n'est pas absolue et n'exclut pas l'admission de nuances et de correctifs notables.

12. — Pour approximative qu'en soit la portée, cette opposition suggère cependant l'articulation essentielle autour de laquelle la présente recherche semble logiquement devoir s'organiser. D'une part il faut envisager le rôle possible des particularités personnelles qui existent chez les sujets d'obligations, et qui sont invoquées, en pratique, lorsqu'un procès rend nécessaire l'appréciation de la faute. D'autre part on doit examiner l'effet de ces particularités lorsqu'elles se rencontrent chez les bénéficiaires (ou les bénéficiaires éventuels) d'une protection juridique dont la mise en œuvre requiert une appréciation.

On répartira donc les éléments de cette étude selon une division principale, exprimée par l'intitulé de deux parties successives :

1^{re} partie. — *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto à l'égard des sujets d'obligations juridiques (L'appréciation de la faute).*

2^e partie. — *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto à l'égard des bénéficiaires d'une protection juridique.*

PREMIÈRE PARTIE

APPRÉCIATION *IN ABSTRACTO*
ET APPRÉCIATION *IN CONCRETO*
A L'ÉGARD DES SUJETS
D'OBLIGATIONS JURIDIQUES
(L'APPRÉCIATION DE LA FAUTE)

13. — Pour apprécier la faute de façon purement concrète, il faudrait, théoriquement, pouvoir en discerner les éléments en la personne même de celui à qui elle est reprochée. Il n'y aurait faute que si, à un moment au moins, le sujet en cause avait transgressé ou négligé un devoir dont il avait conscience.

Dans la pratique, il est vrai, on ne voit guère, sauf cas exceptionnels, comment le juge pourrait se livrer directement à l'investigation psychologique requise par une appréciation de ce genre (1). En réalité, l'appréciation *in concreto* ne peut donc guère se concevoir que sous la forme d'une comparaison entre deux comportements : il est parfois possible de comparer l'attitude d'un débiteur, suspect de négligence, à sa conduite dans la gestion de ses propres affaires (cf. art. 1927 C. civ.); de même on peut imaginer que le juge se demande comment aurait agi, dans la même situation, un homme de bonne volonté doué des mêmes aptitudes que le sujet considéré : on apprécierait, par exemple, la conduite d'un homme peu intelligent ou peu instruit en se demandant comment se serait probablement comporté un autre individu du même niveau d'intelligence ou d'instruction.

On ne saurait donc exclure d'emblée l'appréciation *in concreto* en se bornant à observer que, d'un point de vue technique, l'appréciation de la faute suppose presque inmanquablement la comparaison avec un type de référence. Cette observation est vraie, mais elle ne résout pas le problème. Il reste à savoir si le juge va s'efforcer d'imaginer le type de comparaison aussi semblable que possible au débiteur ou à l'agent ou si, au contraire, il va refuser systématiquement de lui prêter les particularités de celui-ci (ou certaines d'entre elles). C'est seulement dans ce dernier cas, en effet, que l'on peut parler d'appréciation *in abstracto*.

14. — Savoir si le juge apprécie la faute en tenant compte, dans toute la mesure du possible, des particularités individuelles connues de lui, ou au contraire en s'imposant d'en faire abstraction, telle est donc la question à laquelle il faut d'abord répondre, si l'on veut déter-

(1) Parfois, pourtant, l'attitude ultérieure de l'auteur d'un dommage permet aux juges de relever qu'il « a reconnu sa faute » (Paris, 7 octobre 1954, D. 1955.100) ou qu'il a manifesté « un sentiment très vif de sa culpabilité » (Paris, 4 janvier 1952, D. 1952.112 et note G.H., S. 1952.2.85 et note H. MAZEAUD).

miner le mode d'appréciation de la faute. Mais si l'on constate la prédominance de l'appréciation *in abstracto*, il reste encore à apporter un certain nombre de précisions, pour comprendre ce mode de raisonnement : d'une part, il y a lieu de rechercher quels sont les fondements logiques de la référence à un type humain abstrait, alors qu'on ne juge jamais qu'un être singulier; d'autre part, il est nécessaire d'indiquer ce que va être, positivement, ce type de comparaison dont on sait seulement *a priori* que, dans un tel système, il ne peut s'identifier à la personne dont on juge la conduite. Ces questions ne peuvent manquer de se poser dans les cas où viendrait à prévaloir l'appréciation *in abstracto*.

15. — Après avoir défini, en ce qui concerne la faute, les domaines respectifs de l'appréciation *in abstracto* et de l'appréciation *in concreto*, on devra donc envisager les problèmes particuliers que soulève le premier de ces deux modes de raisonnement. Ce qui conduit à répartir la matière sous deux titres successifs :

Titre I^{er}. — *Domaines respectifs de l'appréciation in abstracto et de l'appréciation in concreto de la faute.*

Titre II. — *Fondements et mise en œuvre de l'appréciation in abstracto de la faute.*

TITRE I

DOMAINES RESPECTIFS

DE L'APPRÉCIATION IN ABSTRACTO ET DE L'APPRÉCIATION IN CONCRETO DE LA FAUTE

16. — Il est assez généralement admis que la faute civile peut être décomposée en deux éléments distincts, l'illicite et l'imputabilité. Quel que soit le jugement que l'on doive porter, en dernière analyse, sur cette distinction, il semble de bonne méthode de ne point l'ignorer lorsque l'on entreprend de préciser la manière dont s'apprécie la faute.

Si une telle appréciation, en effet, devait s'opérer en ayant égard aux particularités individuelles, l'influence de celles-ci pourrait être conçue de deux manières différentes. D'une part on pourrait imaginer que le juge, lorsqu'il doit se livrer à une appréciation pour déterminer le contenu exact d'un devoir ou d'une obligation, précise ce contenu en tenant compte non seulement des circonstances extérieures, mais encore des données personnelles au sujet obligé : s'il en était ainsi, le même comportement serait parfois licite de la part d'un individu, illicite de la part d'un autre. Mais d'autre part, tout en admettant que les normes juridiques se définissent nécessairement de façon impersonnelle et abstraite, on pourrait considérer la personne du débiteur ou de l'agent afin de savoir si, lorsqu'il a enfreint un devoir ou une obligation, ce manquement lui était imputable.

A ce double examen, que requièrent respectivement l'appréciation de l'illicite et celle de l'imputabilité, il convient en outre d'en

ajouter un troisième, du fait que, une fois admise l'existence d'une faute, des effets juridiques peuvent s'attacher à la gravité de celle-ci. Cette gravité, en effet, peut à son tour être conçue *in abstracto* (en ce cas son appréciation sera identique pour tous les sujets ayant eu une même attitude) ou au contraire *in concreto* (en tenant compte de toutes les données individuelles qui sont propres à atténuer ou à aggraver, subjectivement, la faute commise).

Les différentes questions que soulève l'étude du mode d'appréciation de la faute doivent donc être examinées sous trois rubriques distinctes. On envisagera d'abord l'*appréciation de l'illicite* (chap. I), puis celle de l'*imputabilité* (chap. II), enfin celle de la *gravité des fautes* (chap. III).

CHAPITRE I

L'appréciation de l'illicite

17. — Compte tenu du fondement différent des obligations et de la diversité des textes applicables, on ne peut affirmer *a priori* que l'illicite s'apprécie exactement de la même manière selon que l'on envisage la faute en matière délictuelle ou en matière contractuelle. Il est donc nécessaire d'examiner distinctement l'un et l'autre domaine.

De ce double examen, il convient de séparer, en outre, deux questions particulières.

S'il est classique, en effet, de poser le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* relativement aux fautes d'imprudence ou de négligence, on conteste parfois que l'appréciation *in abstracto* soit même concevable lorsqu'il s'agit de la faute intentionnelle, laquelle ne peut être appréhendée qu'en scrutant l'intériorité psychologique de celui-là même à qui elle est reprochée. Cependant le devoir de ne pas nuire volontairement n'est-il pas un devoir de caractère général et abstrait, indépendant des dispositions personnelles de chacun ? Cette observation conduit à douter que la question du mode d'appréciation soit, en ce qui concerne ce type particulier de faute, aussi immédiatement résolue qu'il y paraît à première vue. Le problème n'a pas à être envisagé ici, il est vrai, en matière contractuelle, où l'inexécution dolosive ne constitue guère qu'un degré dans l'échelle de gravité des fautes, et ne met donc pas en jeu la distinction du licite et de l'illicite. Mais en matière extracontractuelle l'illicéité elle-même peut résulter de l'intention de nuire : il faut donc séparer, de l'examen de la faute quasi-délictuelle, la question spéciale que soulève l'appréciation de la faute délictuelle *stricto sensu*.

En quelque domaine que ce soit, d'autre part, le problème du mode d'appréciation ne semble devoir se poser véritablement que si

l'on se trouve en présence de devoirs ou d'obligations dont le contenu n'est pas entièrement déterminé à l'avance, par la loi ou par un contrat, mais dépend en quelque mesure des circonstances. Il faut pourtant prendre garde que la question peut également apparaître à propos d'obligations ou de devoirs « déterminés », en raison de l'appréciation à laquelle donne lieu la notion de force majeure. Mais cette dernière appréciation soulève des problèmes particuliers, notamment du fait que la force majeure doit, selon l'opinion commune, satisfaire à une condition d'extériorité; il y a donc lieu d'y consacrer des développements spéciaux.

On est ainsi conduit à diviser le présent chapitre en quatre sections distinctes. On envisagera successivement l'appréciation de la faute quasi-délictuelle, celle de la faute délictuelle *stricto sensu*, celle de la faute contractuelle, et enfin les questions particulières que soulève l'appréciation de la force majeure.

Section I

L'APPRÉCIATION DE LA FAUTE QUASI-DÉLICTUELLE

18. — Pour savoir comment s'apprécie l'illicite, dans le cas de la faute quasi-délictuelle, il faut essentiellement rechercher si le contenu des devoirs généraux de prudence et de diligence, qui s'imposent à chacun en toutes circonstances, se détermine *in abstracto* ou *in concreto*. On rencontre d'ailleurs là, à propos du quasi-délit, un problème qui en réalité a une portée plus large, puisque les devoirs généraux de prudence et de diligence sont également pris en considération pour discerner si la victime d'un préjudice n'a pas, elle-même commis une faute; et la question de savoir si un comportement donné a été prudent ou imprudent, entaché ou non de négligence, n'est pas susceptible de deux réponses différentes, logiquement, selon que le dommage qui en est résulté a été subi par l'agent lui-même ou par quelqu'un d'autre. En précisant la manière dont se déterminent les règles générales de prudence et de diligence, on doit donc fournir un principe de solution valable à la fois pour l'appréciation de la faute quasi-délictuelle et pour celle de la faute non-intentionnelle reprochée à la victime d'un dommage.

Or, en toute hypothèse, la détermination de ces règles de prudence et de diligence pose inévitablement le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. De ce que les devoirs en question se trouvent consacrés par des dispositions légales générales (les articles 1382 et 1383 C. civ.), on ne saurait conclure qu'ils présentent nécessairement un caractère abstrait. En effet les termes de faute, d'imprudence, de négligence ne fournissent qu'un « standard » souple dont le contenu doit, dans chaque cas, être précisé en fonction des circons-

tances, parmi lesquelles on pourrait fort bien inclure les particularités personnelles. Certes les devoirs envisagés sont « généraux », en ce sens qu'ils s'adressent à tous; mais leur contenu pourrait être différent pour des individus différents, comme il l'est dans des situations différentes.

Que la diversité des aptitudes pose un problème sur le plan même de la détermination des devoirs, on s'en convaincra d'ailleurs en observant que les règles de prudence et de diligence, loin de se déduire de la seule opportunité objective, se précisent nécessairement en fonction des facultés humaines. Pour fixer le contenu exact de ces règles, il faut au moins avoir égard aux inaptitudes qui sont communes à tous les hommes et qui risqueraient de rendre impraticable (ou en tout cas plus nuisible qu'utile) une norme établie avec une rigueur absolue. Une règle de conduite à laquelle nul ne pourrait se conformer, ou qu'on ne pourrait observer sans se condamner à l'inaction, ne saurait raisonnablement être sanctionnée par le droit (1). Mais dès lors que les devoirs de prudence et de diligence se déterminent ainsi à la mesure de l'homme, il est impossible d'exclure *a priori* l'hypothèse selon laquelle ils s'établiraient, dans chaque cas, en fonction des aptitudes du sujet en cause.

Du point de vue de la sécurité d'autrui, certes, il y a des avantages évidents à ce que le contenu des devoirs soit fixé indépendamment des particularités individuelles, sans être affecté par les hasards de la personnalité de chacun. Mais si l'on se place au point de vue de l'individu obligé, ce mode d'appréciation peut en certains cas sembler fort rigoureux. Une règle de conduite uniforme, en effet, tout en n'imposant au plus grand nombre qu'une charge modérée, risque de faire peser sur certains un fardeau extrêmement lourd. Les moins aptes vont se voir soumis à des normes qui auront été fixées sans tenir compte de leurs capacités et qu'ils ne pourront observer, si même ils le peuvent, qu'au prix de sacrifices parfois considérables. Peut-on leur opposer ainsi des devoirs qui ne sont pas à leur mesure?

(1) Pourtant il n'est pas impossible, intellectuellement, de se représenter les devoirs comme des normes idéales se déterminant indépendamment des aptitudes humaines, quitte à ajouter que la violation de ces normes n'est fautive que lorsqu'elle est imputable, et à faire alors intervenir la considération des aptitudes sur le seul terrain de l'imputabilité. Étudiant les éléments de la faute, et traitant successivement du « devoir violé » et de « l'imputabilité », c'est seulement sous ce second titre que M. le Doyen SAVATIER (*Responsabilité civile*, t. I, 2^e éd., n^{os} 161 et s.) envisage tout ce qui concerne la possibilité de se conformer à la règle. Mais ce système repose, sur une conception bien théorique des devoirs. Lorsque quelqu'un, agissant avec une prudence et une diligence normales, cause néanmoins un dommage, il n'est pas vrai qu'il soit exempt de faute pour la raison qu'il n'avait pas le *pouvoir* de se comporter autrement (la plupart des comportements qui risquent de nuire pourraient être évités par une abstention complète); s'il n'y a pas faute alors, c'est parce que l'agent n'avait pas le *devoir* de recourir à des précautions ou de s'imposer un renoncement dont l'exigence paralyserait toute activité. Aussi bien M. SAVATIER lui-même, dans l'étude de « l'imputabilité », est-il encore obligé d'inclure l'examen de « règles de prudence » (cf. n^{os} 171, 172), qui ne peuvent être autre chose que des devoirs.

19. — On remarquera, toutefois, que le problème ne se pose en ces termes que lorsque les particularités individuelles constituent des déficiences, non lorsqu'elles sont des supériorités. *A priori*, en effet, il est impossible d'assimiler les inaptitudes particulières, qui sont génératrices d'insécurité, et les capacités supérieures à la normale, lesquelles permettent au contraire un comportement spécialement opportun. Des premières, c'est généralement le sujet obligé qui tire argument, pour justifier les erreurs de conduite qui lui sont reprochées; les secondes, à l'inverse, sont ordinairement invoquées contre lui, pour montrer qu'il n'avait aucune raison valable d'agir de façon malencontreuse. Il est évident que l'inopposabilité des données individuelles n'est pas commandée, dans le second cas, par les mêmes impératifs sociaux que dans le premier. Les solutions pourraient, par conséquent, être fort différentes.

20. — Même en ce qui concerne les infériorités personnelles, il n'est d'ailleurs pas exclu qu'une distinction soit encore nécessaire, car on pourrait tenir compte de certaines déficiences à l'exclusion de certaines autres. Il y a en effet des inaptitudes qui, se manifestant dans l'ordre psychologique (bêtise, ignorance, etc.), conduisent le sujet à se comporter de façon déraisonnable : or il paraît difficile d'envisager les devoirs de prudence et de diligence autrement que comme des règles de conduite raisonnable. Mais les données du problème sont assez différentes lorsqu'on se trouve en présence de déficiences purement physiques; tout en se référant au type abstrait de l'homme avisé, on pourrait fort bien admettre qu'il existe, pour l'infirme par exemple, une manière de se conduire qui, quoique prudente et raisonnable, ne s'identifierait pas nécessairement au comportement d'un homme normal.

21. — Pour réserver la possibilité de telles distinctions, il convient donc d'examiner séparément l'effet que peuvent produire, à l'égard de la norme de prudence et de diligence, d'une part les infériorités d'ordre psychologique, d'autre part les infériorités d'ordre physique, et enfin les supériorités individuelles.

§ 1. — LES INFÉRIORITÉS D'ORDRE PSYCHOLOGIQUE

22. — Les infériorités individuelles d'ordre psychologique — telles que le manque de force morale, d'intelligence, d'instruction ou d'expérience — sont-elles de nature à influencer le contenu des devoirs de prudence et de diligence imposés à tous par la loi? Ou ce contenu se détermine-t-il, au contraire, d'après ce que serait, dans les mêmes circonstances, le comportement d'un homme raisonnable, c'est-à-dire par référence à un type psychologique abstrait, indépendant des dispositions morales et intellectuelles du sujet en cause? Disons

immédiatement que c'est cette seconde conception qui est à peu près unanimement admise, tant par les auteurs que par les tribunaux.

23. — On déterminerait la norme de façon purement individuelle et concrète si l'on admettait, par exemple, que l'imprudence et la négligence se caractérisent exclusivement par l'indifférence consciente de l'agent aux risques que crée son comportement, ou par le fait qu'il n'a pas apporté à son entreprise le soin dont il est coutumier. A propos de telles conceptions, il serait légitime de parler d'une appréciation *in concreto* de l'illicite. En effet, la règle qui interdirait de faire ce que l'on sait téméraire, ou celle qui imposerait d'apporter un soin constant en toutes ses entreprises, seraient des normes individualisées, puisque les seules données humaines dont dépendrait leur contenu seraient des réalités subjectives : la conscience de créer un danger, ou l'habitude personnelle.

Mais nul auteur ne préconise ainsi une détermination purement subjective du contenu de la règle obligatoire. Aucun ne réduit entièrement la faute quasi-délictuelle au fait d'agir en ayant conscience de mal faire, ou en s'écartant de son comportement habituel. Même les défenseurs d'une conception subjective de la négligence et de l'imprudence admettent que ce genre de faute, à côté d'un élément subjectif, comporte également un élément qui est fonction de données humaines dépassant l'individu.

M. le Doyen Légal, par exemple, a défendu avec beaucoup de force persuasive la thèse selon laquelle toute faute quasi-délictuelle suppose, à son origine tout au moins, une imprudence ou une négligence consciente (2). Mais cet auteur n'en convient pas moins que, pour fixer l'importance du risque auquel chacun est en droit d'exposer autrui, dans telle conjoncture particulière, il faut nécessairement comparer la conduite de l'agent à celle « d'un homme diligent placé dans la même situation » (3). « Tout jugement porté sur la valeur d'une action humaine, ajoute-t-il, procède d'une comparaison de ce genre avec un type idéal pris pour modèle ». Il y a là deux points de vue qui ne sont pas contradictoires : car même en admettant que la faute suppose en la personne de l'agent une attitude mentale consciemment négligente ou imprudente, il reste à déterminer dans quels cas la volonté consciente d'exposer autrui à un dommage constitue une faute juridique, appréciation qui ne peut guère se faire sans tenir compte de données humaines statistiques. A supposer, par exemple, qu'un médecin soit moralement répréhensible d'avoir embrassé cette carrière avec des aptitudes insuffisantes (4), il est clair que cette insuffisance ne peut être affirmée que par comparaison avec les apti-

(2) A. LÉGAL, De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle, thèse, Paris, 1922, notamment p. 70.

(3) A. LÉGAL, *op. cit.* p. 103.

(4) A. LÉGAL, *op. cit.* p. 70-71. Il importe peu ici que le cas sur lequel raisonne cet auteur se rattache à un domaine dans lequel la responsabilité, on le sait aujourd'hui, est généralement contractuelle.

tudes des autres candidats à la même profession. Ainsi est-on toujours amené, même dans les conceptions les plus subjectives de la faute, à combiner la considération de données humaines générales avec celle des dispositions individuelles.

24. — Ces dispositions individuelles, d'ailleurs, la doctrine ne leur accorde généralement pas l'importance que leur reconnaîtrait une conception psychologique de l'imprudence et de la négligence. Lorsqu'elle en tient compte, elle se borne le plus souvent à les faire intervenir comme une sorte de correctif, jouant dans les cas exceptionnels d'impossibilité concrète — ou même, seulement, d'absence totale de discernement. Il en résulte que, ordinairement, la prise en considération de la personne de l'agent est préconisée, non pas à propos de la détermination des règles de conduite, mais sur le terrain de l'imputabilité, considérée comme un élément particulier de la faute.

Tel est, semble-t-il, le point de vue ordinairement adopté par ceux qui subordonnent la faute civile à la considération des possibilités individuelles, en exigeant que l'agent ait aperçu ou pu apercevoir qu'il portait atteinte au droit d'autrui (5), — qu'il ait pu connaître et observer le devoir qu'il a enfreint (6), — qu'il ait été apte à comprendre les impératifs sociaux et à les maîtriser (7). Dans la mesure où ils entendent alors se placer sur le terrain de l'imputabilité, les auteurs se réservent la possibilité d'admettre que les devoirs, les « impératifs sociaux », se déterminent indépendamment de la personnalité de celui à qui ils sont imposés. Ainsi Demogue voit-il dans l'atteinte au droit une condition « objective » de la faute (8). De même, M. Savatier ne fait intervenir les données subjectives, dans l'analyse de la faute, que lorsqu'il étudie l'imputabilité (9), et non pas à propos du devoir violé.

De telles conceptions ne prétendent donc pas introduire un élément d'appréciation *in concreto* dans la détermination même du licite et de l'illicite (10). En ce sens, elles ne s'identifient pas à la thèse selon laquelle, « pour avoir été dans l'obligation d'éviter un

(5) DEMOGUE, Obligations, t. III, n° 225.

(6) SAVATIER, Responsabilité civile, 2^e éd., t. I, n° 4 et n°s 161 et suiv.

(7) P. ESMEIN, La faute et sa place dans la responsabilité civile, Rev. trim. droit civil 1949, p. 481 et s., spécialement n° 5, p. 484. Rapp. : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, t. VI, 2^e éd., n° 477.

(8) *Op. cit.*, *ibid.*

(9) *Op. cit.*, notamment n°s 167, 169, 172, 175, 176, 195, 197.

(10) Il faut observer, au passage, que les auteurs qui font intervenir la considération des aptitudes individuelles pour déclarer fautive ou non l'inobservation des devoirs, n'en recourent pas moins, même sur le terrain de l'imputabilité, à une certaine forme d'appréciation *in abstracto*. Ils se réfèrent, en effet, au « standard normal de l'homme avisé et prudent » (SAVATIER, *op. cit.*, n° 166), au « modèle stéréotypé » que constitue un homme de diligence moyenne » (ESMEIN, art. précité, n°5, p. 484 et 485). Mais ils ne manquent pas de préciser que la référence à ce type abstrait constitue une simple présomption, qui doit céder devant la preuve d'aptitudes particulières.

dommage, il faut avoir eu la possibilité de l'éviter », d'où il suivrait que « le devoir de l'individu se proportionne à son intelligence » (11).

25. — A plus forte raison faut-il ranger, parmi les défenseurs d'une détermination abstraite des devoirs, non seulement les auteurs qui apprécient la faute en refusant de tenir compte de la personnalité de l'agent, mais encore ceux qui se réfèrent à cette personnalité seulement pour exiger qu'elle soit douée de liberté et de raison. Les uns et les autres, quelle que soit leur divergence d'opinion quant au problème de l'imputabilité, n'en tombent pas moins d'accord pour admettre que les règles de prudence et de diligence se déterminent de façon abstraite.

Ainsi l'appréciation *in abstracto* de l'illicite se trouve-t-elle défendue par la grande majorité des auteurs. Ceux-ci affirment que la faute s'apprécie « d'après le type abstrait de l'homme droit et sûr de ses actes » (12), par comparaison avec l'attitude de l'homme « honnête et diligent » (13), « prudent, avisé » (14), ou même « très diligent » (15), ou simplement d'« une personne normalement douée » (16). Quelle que soit la diversité de ces expressions, elles n'en traduisent pas moins une idée commune, selon laquelle la détermination des devoirs s'opère par référence à un type humain abstrait, et non pas en fonction des particularités psychologiques de celui dont on apprécie l'attitude.

26. — Cette conception, admise par l'ensemble de la doctrine, inspire-t-elle également les solutions de la jurisprudence? Cela ne paraît guère douteux.

En ce sens, on peut citer aussi bien des décisions écartant la faute et d'autres qui, au contraire, la jugent établie. D'une part, aucune faute n'est retenue à la charge d'une personne lorsque celle-ci n'a pas manqué à l'attention que l'on peut exiger « de tout homme doué d'une prudence ordinaire » (17), lorsqu'elle s'est comportée

(11) BRODMANN, *Über die Haftung für Fahrlässigkeit*, *Arch. f. civ. Prax.* 99, p. 368, cité par LÉGAL, *op. cit.*, p. 115-116. Rapp. : DELIYANNIS, La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle, thèse Paris 1951, n° 201.

(12) GÉNY, Risques et responsabilité, *Rev. trim. droit civil*, 1902, p. 838.

(13) RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, n° 937.

(14) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 418 et s., et spécialement n° 428. Rapp. : VOIRIN, note au D. 1947, p. 321.

(15) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil de COLIN et CAPITANT*, t. II, n° 1 100.

(16) RODIÈRE, La responsabilité civile, n° 1395. Dans le même sens : A. RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, spécialement n° 91; GARDENAT et SALMON- RICCI, De la responsabilité civile (délits et quasi-délits), n° 40 : « homme d'intelligence et de prudence normales »; B. STARCK, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, *Rev. trim. droit civil* 1958, p. 475 et s., spécialement n° 2 : « personne moyennement raisonnable ».

(17) Civ. 2^e sect., 16 juillet 1953, J.C.P. 1953.II.7792 et note RODIÈRE. Voir également Civ. 2^e sect., 8 novembre 1961, Bull. Civ. 1961, II, n° 732, p. 514 (« toute personne douée d'une prudence ordinaire »).

« comme une personne prudente » (18) ou « normalement prudente » (19), comme « un homme d'intelligence moyenne, doté de prudence et d'attention » (20). A l'inverse, celui-là est en faute qui n'a pas agi comme l'eût fait « tout homme doué d'une prudence ordinaire » (21), « toute personne attentive placée dans les circonstances de l'espèce » (22), ou qui a eu un comportement « dont se fût gardé un homme avisé » (23). Un automobiliste, par exemple, est en faute lorsqu'il ne s'est pas conduit comme l'eût fait « un conducteur prudent » (24) ou « normalement prudent » (25), ou « prudent, attentif et adroit » (26), ou encore « tout automobiliste habile et prudent » (27). Un historien est en faute s'il ne s'est pas comporté « comme un écrivain ou un historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombaient » (28). Et ainsi de suite, selon l'activité considérée.

Par conséquent, l'agent ne saurait se trouver justifié — tout au contraire — par le fait qu'il manque d'intelligence, d'instruction ou d'expérience (29), que sa faculté d'attention est médiocre (30), qu'il a agi « par faiblesse de caractère » (31) et, à plus forte raison, qu'il a par nature un caractère égoïste ou brutal (32). Le contenu de ses devoirs se détermine indépendamment de ces données psychologiques,

(18) Civ. 2^e sect., 12 octobre 1955, D. 1956, 301 et note RODIÈRE, J.C.P. 1955.II.9003 et note ESMEIN; Civ. 2^e sect., 20 juillet 1957, D. 1958.111 et note E. BLANC; Paris, 21 juin 1962, J.C.P. 1962.II.12890 et note P.E.

(19) Trib. civ. Neuchâtel, 12 juin 1957, D. 1957.538.

(20) Trib. corr. Meaux, 29 février 1952, Gaz. Pal. 1952.2.247, sous-note.

(21) Colmar, 15 avril 1958, Gaz. Pal. 1958.2.205 (reprenant la formule même de l'arrêt précité de la Deuxième section civile, du 16 juillet 1953). Rapp. : Paris, 28 mars 1963, Gaz. Pal. 1963.2.179 (« usager normalement prudent »).

(22) Paris 29 avril 1961, J.C.P. 1961.II.12331 *ter*.

(23) Trib. civ. Carpentras, 25 janvier 1939, D.P. 1940.2.22 et note Jean LOUP.

(24) Civ. 2^e sect., 14 décembre 1956, J.C.P. 1957.II.9737. Orléans, 4 novembre 1932, Gaz. Pal. 1933.I.92, sous-note. Pau, 28 juin 1950, D. 1950.550, et Douai, 10 décembre 1953, D. 1954.176 (« tout conducteur prudent »). Rapp. à propos de la force majeure : Civ. 10 janvier 1939, S. 1939.I.86.

(25) Paris, 7 février 1955, Gaz. Pal. 1955.I.349.

(26) Req., 5 mai 1942, Gaz. Pal. 1942.I.281, S. 1942.I.125 et note H. MAZEAUD.

(27) Paris, 25 juillet 1931, S. 1932.2.101.

(28) Civ. sect. civ., 27 février 1951, S. 1951.I.158, D. 1951.329 et note DESBOIS, J.C.P. 1951.II.6193 et note MIHURA, Gaz. Pal. 1951.I.230 et concl. REY.

(29) Civ. 2^e sect., 8 juin 1961, Bull. civ. 1961, II, n° 432, p. 309 (conducteur inexpérimenté). Bordeaux, 7 novembre 1928, Gaz. Pal. 1929.I.155 (inexpérience d'un carillonneur bénévole); Trib. corr. Dunkerque, 25 mars 1955, La Loi 6 mai 1955 (conducteur inexpérimenté); Bourges, 5 février 1957, D. 1957.330 (chasseurs « dont l'inexpérience était certaine »); Trib. civ. Saumur 19 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11537 et note T.P. (entrepreneur de travaux agricoles qui venait de débiter dans cette profession); Trib. corr. Albertville, 30 octobre 1961, Gaz. Pal. 1962.I.72 (skieur débutant).

(30) A un automobiliste qui déniait sa faute en faisant valoir qu'il ne roulait qu'à 50 kilomètres à l'heure lorsqu'il avait dérapé, il a été objecté « que cette vitesse était encore trop grande pour lui, inattentif et maladroit » (Req., 5 mai 1942, précité).

(31) Paris, 14 décembre 1962, J.C.P. 1963.II.13041 et note R.B.

(32) La brutalité des manœuvres d'un conducteur « peut s'expliquer tout comme son excès de vitesse, mais non s'excuser, par une violence naturelle de tempérament » (Trib. corr., Seine 3 novembre 1958, Gaz. Pal. 1959.I.99, 3^e espèce).

en fonction du modèle abstrait de l'homme prudent et diligent (33), type impersonnel qui présente en toute hypothèse certaines qualités de soin, d'expérience et de jugement (34).

27. — On voit déjà, par ce qui précède, que ce recours à un type abstrait constitue tout autre chose qu'une simple présomption tenant aux difficultés de l'analyse psychologique (35). Pour achever de s'en convaincre, rien n'est plus instructif que d'examiner les appréciations formulées par les tribunaux dans des cas où l'infériorité est objectivement perceptible et où l'on peut évaluer sans arbitraire son incidence sur le comportement : ainsi lorsque l'on se trouve en présence de l'acte d'un enfant.

Certes la jurisprudence n'admet pas que l'*infans* (pas plus que l'individu en proie à la démence) puisse se rendre coupable d'une faute (36). Mais elle raisonne alors sur le terrain de l'imputabilité, et en entendant très étroitement la notion d'acte non-imputable. Au contraire, si l'on cherchait à déterminer les devoirs eux-mêmes en fonction des facultés intellectuelles concrètes, il y aurait lieu de juger non-fautifs des actes dommageables accomplis par des enfants sortis de l'*infantia*, dès lors que l'erreur de jugement dont procéderaient ces actes serait l'effet naturel d'un manque normal de maturité. Si l'on admettait ainsi l'appréciation *in concreto* de l'illicite, il serait logique et facile — à défaut de pouvoir scruter l'intériorité psychologique — de comparer, par exemple, l'attitude d'un enfant de 10 ans à celle qu'aurait eue, dans la même conjoncture, un enfant normal du même âge (37). Or ce mode de raisonnement — certainement

(33) Il n'en va autrement que dans le cas particulier où une personne peu intelligente ou peu instruite a recours aux conseils ou à l'enseignement d'autrui. Le conseiller ou l'éducateur, si lui-même s'acquitte mal de sa tâche, ne saurait tirer argument, sur le terrain de la faute de la victime, du manque de discernement auquel il lui appartenait précisément de remédier (cf. Besançon, 7 décembre 1933, S. 1934.2.52; Paris 10 juillet 1944, D. 1945.62; Civ. 2^e sect., 25 mars 1954, D. 1954.400, 1^{re} espèce).

(34) Il importe peu, par conséquent, que la conscience de l'agent soit en repos, et même qu'il ait le sentiment de faire une bonne action. Voir par exemple Colmar, 9 février 1961 (D. 1961.691 et note ESMEIN), qui observe qu'il peut y avoir faute même lorsque le dommage trouve sa cause « dans une bonne disposition, dans de bonnes intentions ou dans un bon mouvement du cœur ».

(35) Il faut en effet prendre garde que le recours à l'abstrait peut parfois ne constituer qu'une simple présomption de fait. Il en est ainsi dans le système de la « faute virtuelle » (cf. Civ. 2^e sect., 5 avril 1962, Gaz. Pal. 1962.1.431, D. 1963.78; Civ. 2^e sect., 21 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963.1.290, D. 1963.418 et note J. BORÉ; Civ. 2^e sect., 25 octobre 1963, Gaz. Pal. 1964.1.63 — et chronique J. BORÉ, D. 1963, chron. 21), lequel ressemble à une appréciation *in abstracto* poussée à l'extrême (on part de l'idée que *normalement* un conducteur prudent ne perd pas le contrôle de son véhicule), mais ne s'applique que dans l'ignorance où le juge se trouve de la réalité concrète.

(36) Voir *infra*, n° 108.

(37) Commentant un arrêt rendu à propos d'un enfant de 6 ans qui avait escaladé la porte d'une maison en ruine, M. TUNC (Rev. trim. droit civil 1962, p. 338-339, n° 53) met nettement en relief l'opposition entre une appréciation purement abstraite et un standard établi en fonction de l'âge. « Si la faute de l'enfant — écrit-il — doit s'apprécier comme celle d'un adulte..., c'était une imprudence fort grave de monter sur le linteau

possible, puisqu'il est pratiqué dans certains droits étrangers (38) — n'est pas retenu par la jurisprudence française.

Bien au contraire, de très nombreuses décisions de justice qualifient de « faute » l'attitude d'un enfant, en ne justifiant cette appréciation que par une description matérielle du comportement — qui en fait ressortir le caractère dangereux aux yeux de tout adulte pondéré —, mais sans se préoccuper de savoir si l'importance du danger devait normalement être perçue par l'intelligence de l'enfant, compte tenu de son âge et de ses connaissances (39).

De telles décisions peuvent d'ailleurs surprendre, dans la mesure où elles qualifient parfois de faute même le comportement de jeunes enfants n'ayant pas atteint l'âge de raison. Mais il faut prendre garde qu'une telle appréciation s'applique alors au fait de la victime, retenu pour exonérer le défendeur au procès en responsabilité. Or, dans la perspective admise par la jurisprudence, le fait de la victime peut produire un effet exonératoire même sans être véritablement fautif, du moins lorsqu'il se présente comme la cause déterminante du dommage. Quand il en est ainsi, les juges peuvent donc attacher un effet juridique au geste de l'enfant sans avoir à décider s'il est moralement imputable à son auteur. Le mot « faute », dans de telles décisions, ne doit donc pas toujours être pris au pied de la lettre, dans le sens fort que la jurisprudence lui donne par ailleurs (c'est-à-dire supposant l'imputabilité). Mais, à moins de n'avoir aucun sens, il est évident qu'il désigne en tout cas un acte considéré comme illicite, ce qui établit bien que l'illicéité se détermine indépendamment des facultés psychologiques de l'agent.

d'une porte en ruines. Si elle doit s'apprécier en tenant compte de l'âge de l'enfant, quoi de plus naturel que, rentrant de l'école, s'entraîner à l'escalade et à l'aventure dans une maison en ruines? ».

(38) Sur ce tempérament apporté au principe de l'appréciation *in abstracto*, dans les droits allemand et anglais, v. les références données par M. LÉGAL (thèse précitée, p. 117-118 et p. 127), spécialement l'arrêt du Tribunal d'Empire du 6 mars 1911. Rapp. : MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 483. Sur le même tempérament en droit suédois et dans la doctrine danoise, voir BERTIL BENGTSSON, La responsabilité des mineurs dans les droits scandinaves, Rev. intern. de droit comparé, 1962, p. 33 et s. (spécialement p. 37-38).

(39) Voir notamment : Req. 16 avril 1929, D.H. 1929.284, Gaz. Pal. 1929.2.23; Trib. civ. Loudéac, 20 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.767; Trib. civ. Hazebrouk, 4 mars 1931, Gaz. Pal. 1931.1.768, sous-note (enfant de 8 ans); Req. 21 juillet 1932, 2 arrêts, Gaz. Pal. 1932.2.722 (enfants de 6 ans et 5 ans 1/2); Trib. civ. Rochefort, 23 octobre 1934, Gaz. Pal. 1934.2.932 (enfant de 8 ans); Trib. civ. Seine, 20 novembre 1934, Gaz. Pal. 1935.1.79 (enfant de 7 ans); Colmar 19 juillet 1935, Gaz. Pal. 1935.2.715 (enfant de 10 ans); Grenoble, 22 novembre 1935, Gaz. Pal. 1936.1.467, sous-note b (enfant de 11 ans); Req. 14 février 1940, D.H. 1940.98, S. 1940.1.28 (enfant de 13 ans); Trib. comm. Seine, 10 décembre 1940, Gaz. Pal. 1941.1.117; Nancy 12 novembre 1947, Gaz. Pal. 1947.2.278; Trib. civ. Mayenne 14 janvier 1954, la Loi 29 janvier 1954 (enfant de 9 ans); Civ. 2^e sect. 15 juin 1955, Bull. civ. 1955, II, n° 338, p. 209; Civ. 2^e sect. 28 décembre 1959, Bull. civ. 1959, II, n° 875, p. 574 (enfant de 8 ans : faute déduite de la seule existence d'un « geste maladroit »); Trib. civ. Aix-en-Provence, 14 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963.1.198. Voir cependant (quoique raisonnant sur le terrain de l'imputabilité) : Civ. 2^e sect. 8 février 1962, Bull. civ. 1962, II, n° 180, p. 124.

La même conclusion peut se tirer, d'ailleurs, des décisions qui, sans parler expressément de faute (et même parfois en refusant ce terme comme impliquant l'imputabilité), qualifient le comportement enfantin d'« imprudence » (40). Visiblement les tribunaux emploient ce terme sur la base d'une appréciation « adulte » de la prudence, et sans imaginer le moins du monde que la règle de prudence par rapport à laquelle s'apprécie la conduite des enfants puisse avoir, compte tenu de leur âge, un contenu amoindri. Il est évident, en particulier, que les tribunaux qui relèvent l'« imprudence » d'enfants de 3 ou 4 ans ne tirent pas cette appréciation d'une comparaison avec ce qu'eût été le comportement d'un autre enfant du même âge...

S'il était possible d'en douter, on s'en convaincrait d'ailleurs aisément en observant que, lorsqu'ils apprécient la responsabilité de l'auteur d'un accident causé à un enfant, les mêmes tribunaux relèvent fréquemment, non seulement que « l'imprudence des enfants constitue un fait prévisible » (41) ou « pas normalement imprévisible » (42), qu'elle « doit rentrer dans les prévisions normales » (43), que « la plus élémentaire prudence » doit faire prévoir les mouvements inconsidérés d'un jeune enfant (44), qu'un conducteur doit « redoubler de prudence », à la vue d'un groupe d'enfants (45), — mais encore ils insistent sur le fait que cette imprudence de l'enfant s'explique « en raison de son âge » (46) ou de « l'insouciance de son âge » (47), qu'elle est donc « compréhensible » (48); en d'autres termes, il est normal

(40) Trib. civ. Châlon-sur-Saône, 6 avril 1929, D.H. 1929.359 (« grave imprudence » d'une fillette de 3 ans); Douai 7 juillet 1930, Gaz. Pal. 1930.2.676 (« imprudence incontestable » d'une fillette de 5 ans); Orléans 4 novembre 1932, Gaz. Pal. 1933.1.92, sous-note (enfant de 7 ans); Trib. corr. Seine, 22 juillet 1933, Gaz. Pal. 1933.2.720 (enfant de 10 ans); Trib. civ. Guingamp, 13 mars 1935, Gaz. Pal. 1935.2.717, sous-note c (enfant de 4 ans); Grenoble, 13 juin 1935, D.H. 1935.469; Lyon, 17 octobre 1935, Gaz. Pal. 1935.2.915 (enfant de 8 ans); Montpellier 23 décembre 1935, Gaz. Pal. 1936.1.466 (enfant de 5 ans); Civ. 15 décembre 1936, D.H. 1938, somm. 3; Trib. civ. Seine, 3 février 1937, D.H. 1937.245 (enfant de 4 ans); Montpellier, 21 octobre 1937, Gaz. Pal. 1937.2.851; Req. 17 février 1941, D.A. 1941.150 (fillette de 6 ans); Civ. 13 mai 1941, Gaz. Pal. 1941.2.61 (fillette de 7 ans); Paris 8 novembre 1941, Gaz. Pal. 1941.2.514 (« grave imprudence » d'une fillette de 6 ans); Paris 2 février 1942, Gaz. Pal. 1942.1.225 (enfant de 12 ans); Civ. 2^e sect. 30 mai 1956, D. 1956.680, J.C.P. 1956.II.9445, note Rodière; Paris 12 décembre 1958, D. 1959.167, 2^e espèce (enfant d'un peu moins de 13 ans); Riom 16 janvier 1962, D. 1962.140 (enfant de 6 ans). Rappr.: Cons. d'État, 1^{er} juillet 1936, Rec. LEBON p. 117 (enfant de 11 ans); 8 décembre 1937, Rec. LEBON p. 1008; 3 décembre 1948, S. 1949.3.78; 5 décembre 1952, S. 1953.3.63, J.C.P. 1953.II.7493, note F.-P. BÉNOT (« grave imprudence » d'un garçon de 15 ans).

(41) Trib. civ. Seine, 3 février 1937, D.H. 1937.245.

(42) Civ. 2^e sect., 14 novembre 1956, D. 1957, somm. 75.

(43) Trib. civ. Loudéac, 20 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.767. Dans le même sens : Douai 7 juillet 1930, Gaz. Pal. 1930.2.676; Trib. civ. Hazebrouck, 4 mars 1931, Gaz. Pal. 1931.1.768, sous-note; Orléans, 4 novembre 1932, Gaz. Pal. 1933.1.92, sous-note.

(44) Trib. civ. Seine, 3 février 1937, précité.

(45) Civ. 13 mai 1941, Gaz. Pal. 1941.2.61.

(46) Lyon 9 décembre 1953, Gaz. Pal. 1954.2, tables, v^{is} voitures-voitures publiques, n^o 16.

(47) Trib. corr. Seine, 22 juillet 1933, Gaz. Pal. 1933.2.720.

(48) Grenoble, 13 juin 1935, D.H. 1935.469.

que les enfants se livrent à ce que la Cour de cassation appelle « les imprudences naturelles de leur âge » (49).

Parfois, il est vrai, ayant précisément égard au fait qu'un comportement téméraire est naturel à l'enfance, certains juges semblent en déduire qu'une telle attitude ne saurait être considérée comme une imprudence lorsque, compte tenu de l'âge du sujet, elle apparaît psychologiquement normale. Ainsi peut-on lire dans un jugement : « que la turbulence naturelle des enfants est une des caractéristiques naturelles de leur âge; qu'on ne saurait considérer comme une faute le fait par un enfant de céder à cet instinct de sa nature... » (50). Ici l'idée sous-jacente paraît bien être que l'enfant qui se comporte de façon enfantine n'enfreint par là aucune norme. Mais les décisions s'inspirant de cette idée sont très peu nombreuses (51) en comparaison de celles qui caractérisent la faute ou du moins l'imprudence de l'enfant sur la base d'un raisonnement objectif ou, plus exactement, adulte.

Il semble donc bien que la position dominante des tribunaux soit celle-ci : même lorsque l'irréflexion, l'étourderie ou l'ignorance d'un enfant est normale et naturelle compte tenu de son âge, elle n'en constitue pas moins une imprudence, par laquelle la faute se trouve réalisée au moins dans son élément matériel (c'est-à-dire, en d'autres termes, un acte illicite).

Ainsi se trouve confirmée, dans un domaine particulièrement crucial, l'idée selon laquelle la détermination des normes de prudence et de diligence, si elle s'opère en tenant compte des facultés humaines de raisonnement (comparaison avec l'homme prudent, l'homme avisé), se fait pourtant sans que l'on ait égard aux aptitudes intellectuelles et morales du sujet dont on qualifie l'attitude. Il en est ainsi, on le voit, même lorsqu'une donnée individuelle objectivement perçue, tel âge, permettrait de connaître ou de présumer avec la plus grande vraisemblance la différence qui existe entre les facultés du sujet considéré et celles d'un homme quelconque. A cet égard, on se trouve donc véritablement en présence d'une appréciation *in abstracto*,

(49) Civ. 15 décembre 1936, D.H. 1938, somm. 3.

(50) Trib. civ. Cosne 13 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931.1.483. Cf. note F.-P. BÉNOIT sous Cons. d'État, 5 décembre 1952, J.C.P. 1953.II.7493 : « Dire qu'un enfant ne doit pas jouer avec les obus, c'est dire qu'il ne doit pas être un enfant... ».

(51) Peut-être faut-il comprendre en ce sens un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 17 décembre 1934 (Gaz. Pal. 1935.1.333), selon lequel un enfant de 7 ans a un jugement beaucoup trop rudimentaire pour que puisse être retenue contre lui « une imprudence plus ou moins consciente »; mais cette décision paraît plutôt une application banale de l'idée selon laquelle la transgression de la norme juridique n'est pas imputable à l'*infans*, dépourvu de raison. Pas davantage il n'y a lieu de retenir un arrêt de la Cour d'appel de Besançon du 7 décembre 1933 (S. 1934.2.52), qui dénie la faute d'un enfant en relevant que celui-ci était « émotif comme on l'est à son âge », les enfants étant « essentiellement inattentifs et distraits et peu enclins au raisonnement »; car en l'occurrence il s'agissait d'affirmer la responsabilité exclusive d'un instituteur, lequel devait évidemment, par son état, veiller même aux réactions inconsidérées des enfants (cf. sur ce dernier point Civ. 2^e sect. 25 mars 1954, D. 1954.400, 1^{re} espèce).

tenant compte de données humaines, mais s'interdisant de rechercher celles-ci chez la personne en cause.

28. — Cette interprétation de la jurisprudence, il faut l'observer, n'est pas contredite par les arrêts qui parfois, statuant non plus à propos d'enfants mais de personnes âgées, ont semblé soumettre celles-ci à un standard de prudence moins rigoureux que celui qui s'impose à des individus quelconques. La Cour de cassation, par exemple, à propos d'accidents de la circulation, a admis à deux reprises le motif selon lequel « on ne saurait faire grief à la victime d'un mouvement d'hésitation, excusable chez une femme âgée surprise par l'arrivée inopinée d'un motocycliste » (52). De même, la Cour d'appel de Bordeaux a pu juger « fort compréhensible », et par suite non-fautive, l'hésitation d'une personne de 86 ans surprise par l'arrivée inattendue d'un véhicule (53). Assurément de tels motifs justifient, en tenant compte de l'âge, un mouvement qui n'a pas été pleinement judicieux. Mais est-ce à dire que l'on cesse ici de se référer au type de l'homme prudent et avisé? Rien n'est moins sûr. L'homme raisonnable, en présence d'un danger pressant, n'a pas toujours le sang-froid d'un *constantissimus homo*. Or en l'occurrence l'âge aggravait objectivement le péril, car il est évident qu'un vieillard, lorsqu'un véhicule fonce sur lui, n'a pas, pour l'éviter, l'agilité corporelle d'un homme jeune et alerte. C'est dire que la circonstance d'âge est ici retenue, essentiellement, comme une donnée physique et non psychologique.

29. — Les devoirs généraux de prudence et de diligence, qui s'imposent à tous en toutes circonstances, ont donc un contenu qui se détermine *in abstracto*, indépendamment des déficiences que peuvent présenter certains sujets dans l'ordre psychologique. À plus forte raison en va-t-il de même lorsqu'il s'agit d'obligations proprement dites, dont la violation est également sanctionnée par la responsabilité délictuelle.

Les obligations de diligence prévues par le Code civil, en dehors du domaine contractuel, sont principalement celles qui pèsent sur les personnes qui, à des titres variés, ont la garde, la jouissance ou l'administration du bien d'autrui. Or, pour définir la diligence due par ces personnes, c'est le type abstrait du bon père de famille qui est, très généralement, proposé pour modèle. Le Code s'y réfère expressément à propos du tuteur d'un mineur (art. 450, al. 2), de l'usufruitier (art. 601), de l'usager et de celui qui a un droit d'habitation (art. 627), du gérant d'affaire (art. 1374 al. 1), du séquestre judiciaire (art. 1962, al. 1). Si l'on ajoute à de telles dispositions celles qui y renvoient plus ou moins directement (art. 385-1^o, 509, 1533, 1562, 1580, etc.),

(52) Crim. 7 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.77; 5 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.357.

(53) Bordeaux 25 juin 1953, La Loi 12 février 1954, Gaz. Pal. 1954.1, tables, v^o Responsabilité civile, n^{os} 71-73.

il apparaît qu'il s'agit là d'autant d'applications d'un principe très général. Or on a déjà indiqué (54) — et l'on reviendra sur ce point de façon plus approfondie à propos de la faute contractuelle (55) — que cette référence au bon père de famille, lequel est par hypothèse un homme droit et avisé, constitue le critère classique correspondant à la *culpa levis in abstracto*.

Lorsque leur contenu est précisément déterminé par la loi, les obligations extracontractuelles peuvent également être considérées comme fixées *in abstracto*. En ce cas, en effet, elles ne trouvent leur limite que dans la loi, qui est nécessairement générale, ou dans la force majeure, dont on verra qu'elle se détermine également *in abstracto* (56).

Quelle que soit la nature de la norme juridique en cause (simple devoir, ou obligation proprement dite), il est donc constant qu'il y a lieu de se livrer à une appréciation *in abstracto* pour discerner, à propos de la faute quasi-délictuelle, la frontière du licite et de l'illite.

30. — Mais si la référence au type abstrait de l'homme droit et avisé exclut la prise en considération des infériorités d'ordre psychologique, elle n'empêche pas de tenir compte d'autres particularités personnelles : celles qui peuvent exister chez un homme raisonnable. Elle n'interdit pas aux tribunaux, par exemple, d'avoir égard, dans certains cas, à la situation sociale (57) : ce point ne suscite guère de difficultés, il est vrai, dans la mesure où il s'agit là d'une donnée qui, quoique personnelle, présente un caractère « externe ». Mais

(54) Voir *supra*, n° 5.

(55) Voir *infra*, nos 66 et s.

(56) Voir *infra*, nos 88 et s., et spécialement n° 103.

(57) Cette donnée est surtout évoquée, en pratique, lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu des devoirs d'éducation et de surveillance imposés aux parents. Voir notamment : Poitiers 17 février 1931, motifs, Gaz. Pal. 1931.1.482 (« On ne peut exiger des parents de la condition sociale des époux L..., qui doivent satisfaire aux obligations de leur profession, qu'ils gardent leurs enfants constamment avec eux »); Colmar 22 avril 1932, motifs, Gaz. Pal. 1932.2.251 (« Une tolérance compréhensible est habituellement et à juste titre admise par la jurisprudence, quant à la surveillance en cours de semaine des enfants des ouvriers, artisans ou travailleurs des champs, absorbés par leur tâche quotidienne »); Pau 14 octobre 1937, S. 1938.2.96 (« quasi-impossibilité où se trouve un ménage ouvrier de distraire de son travail le temps nécessaire à un accompagnement qui devrait être répété quatre fois par jour »); Montpellier 24 février 1954, Gaz. Pal. 1954.2, tables, v° Responsabilité civile, nos 91 et s. (la surveillance que le père doit assumer est fonction du milieu social); Trib. corr. Millau, 13 janvier 1956, motifs, Gaz. Pal. 1956.2.25 (on ne peut « exiger de parents de condition modeste, tenus dans la journée par leurs occupations, qu'ils gardent constamment leurs enfants avec eux »); Paris 21 juin 1962, J.C.P. 1962.II.12890 et note P.E. (« les ressources très modestes du ménage » empêchaient les parents de rémunérer quelqu'un pour surveiller leur enfant caractériel; donc le père a fait, « compte tenu de sa condition et de ses moyens, tout ce qui était humainement possible... »). Rapp. Lyon 15 juin 1901, cité en sous-note par G. LELOIR sous Paris 12 janvier 1904, D.P. 1904.2.157 (« il leur était facile, dans leur situation de fortune, de se rendre compte, dès les premiers jours, de la santé de cet enfant »).

même les infériorités d'ordre physique, qui sont pourtant des circonstances « internes », peuvent — ainsi qu'on va le voir — exercer une influence sur le contenu des devoirs de prudence et de diligence.

§ 2. — LES INFÉRIORITÉS D'ORDRE PHYSIQUE

31. — L'homme avisé, prudent et soucieux des intérêts d'autrui, a des aptitudes qui dépendent de son état corporel, qui ne sont pas les mêmes selon qu'il est valide ou infirme, bien portant ou malade. Une situation ne se révèle pas de la même manière à un homme normal et à quelqu'un qui est atteint de surdité ou de cécité : or, si l'homme avisé tient compte raisonnablement de ce qu'il voit et de ce qu'il entend, l'aveugle devra-t-il, pour être prudent, tenir compte de ce qu'un clairvoyant eût vu à sa place, mais que lui-même ne pouvait percevoir ? Ainsi se pose la question de savoir si le type de comparaison à considérer, pour la détermination des devoirs de prudence et de diligence, est en toute hypothèse un être humain entièrement normal, ou s'il peut se trouver affecté par les mêmes infériorités physiques que le sujet dont on apprécie la conduite.

L'idée selon laquelle le contenu des devoirs de prudence et de diligence pourrait dépendre de l'état physique ne paraît pas, à vrai dire, avoir recueilli la faveur de la doctrine. Les auteurs imaginent volontiers le type de référence comme « sûr de ses actes » (58), ou « normalement doué » (59), ce qui paraît bien impliquer que les déficiences corporelles ne l'atteignent pas. Ou bien ils indiquent que la faute quasi-délictuelle peut consister, notamment, dans un « défaut d'habileté au point de vue physique » (60). De façon particulièrement nette, MM. Mazeaud et Tunc (61) précisent que l'homme prudent et avisé doit être imaginé seulement dans les mêmes circonstances « externes » que l'auteur du dommage, mais sans qu'il soit tenu compte des circonstances « internes » que sont les particularités physiques ou morales. A l'inverse, pourtant, M. le Doyen Savatier admet que la faute d'un infirme doit parfois être appréciée moins rigoureusement que celle d'un homme valide (62) : mais il ne défend cette solution que sur le terrain de l'imputabilité, et non à propos du contenu des devoirs.

32. — Il ne semble pas que la jurisprudence, cependant, pour tracer la frontière du licite et de l'illicite, se réfère systématiquement à un modèle purement abstrait, ne pouvant être affecté par aucune déficience corporelle.

(58) GÉNY, Risques et responsabilité, *Rev. trim. droit civil* 1902, p. 838.

(59) RODIÈRE, *La responsabilité civile*, n° 1395.

(60) RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, n° 936.

(61) *Responsabilité civile*, t. I, n° 431 et s.

(62) *Responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, n° 172.

Quelques décisions, il est vrai, énoncent qu'il faut, pour apprécier la faute, se référer « au type abstrait de l'homme normal » (63), ou rechercher si l'agent a « commis une erreur de conduite que n'aurait pas commise une personne placée dans les mêmes circonstances externes que lui » (64). Or la première de ces formules peut être comprise comme impliquant l'exclusion de toute particularité, aussi bien physique que psychologique; et la seconde, dont l'inspiration doctrinale n'est pas douteuse, paraît indiquer que l'on ne considère aucune donnée interne, qu'elle soit physique ou morale. De même, il est parfois fait allusion au comportement qu'aurait eu « une personne normalement prudente, attentionnée et agile » (65). Mais en réalité de tels motifs, d'ailleurs rares, sont peu significatifs, dans la mesure où aucune infirmité ni déficience physique n'était alléguée dans les espèces à l'occasion desquelles ils ont été formulés.

Pour dégager véritablement l'orientation jurisprudentielle, il faut en effet examiner les décisions rendues dans des affaires où les juges avaient à apprécier le comportement de personnes présentant quelque déficience corporelle. Des malades, des infirmes, sont-ils fondés à soutenir, dans certains cas, que les devoirs de prudence et de diligence qui s'imposent à eux n'ont pas le même contenu matériel que ceux qui se seraient imposés à des individus se trouvant dans un état normal?

33. — Une telle argumentation, à la vérité, est souvent écartée par les tribunaux, pour la raison qu'il appartient à l'homme prudent de mesurer ses entreprises à ses capacités.

Si, par exemple, le conducteur d'un véhicule cause un accident par un geste anormal, il va de soi qu'il serait mal fondé à prétendre, pour se justifier, qu'il est atteint d'une maladie ou présente une infirmité l'empêchant de manœuvrer aussi correctement qu'un autre. Il est facile de lui objecter que, connaissant son état, la prudence lui imposait, soit de s'abstenir de conduire, soit au moins de prendre des précautions spéciales pour ne pas se trouver dans une situation nécessitant la pleine possession des réflexes d'un bon conducteur.

Ainsi un automobiliste qui, sortant de clinique, « conduisait son automobile d'un seul pied, l'autre étant immobilisé dans un pansement et reposant sur une caissette », a été jugé en faute, la cour d'appel observant « que ce pied malade pouvait le gêner considérablement dans l'accomplissement de certaines manœuvres de freinage et de débrayage » (66).

Assez fréquemment, des décisions raisonnent de façon analogue à propos d'individus atteints de maladies qui risquent de leur faire perdre brusquement le contrôle de leurs actes (épilepsie, spasmophilie, affections cardiaques diverses). Les juges estiment avec bon sens que

(63) Trib. civ. Seine, 2 mai 1960, D. 1961.139. Rappr : Cass. belge, 15 décembre 1958, Revue de droit pénal et de criminologie 1958-1959, p. 706.

(64) Alger, 9 novembre 1953, D. 1954.369.

(65) Trib. civ. Neuchâtel, 12 juin 1957, D. 1957.538.

(66) Montpellier, 15 mars 1938, D.H. 1938.409.

l'on ne doit pas conduire un véhicule lorsque l'on a connaissance d'un tel état pathologique (67), car c'est créer « un danger permanent pour les usagers de la route » (68), danger qu'il serait facile de conjurer « en s'abstenant de rester seul dans sa voiture ou, d'une manière plus efficace encore, en s'abstenant de la conduire » (69).

A contrario, c'est encore à la même idée que se réfère la Cour de cassation, lorsqu'elle approuve le motif selon lequel une personne « n'avait commis aucune imprudence en conduisant sa voiture car elle ne présentait aucun trouble cardiaque et vaquait normalement à ses affaires » (70). Mais bien entendu il en irait autrement si la crise ou le malaise, même imprévisible à l'avance, survenait de façon assez progressive pour que le conducteur puisse arrêter son véhicule avant d'en avoir perdu le contrôle (71).

En dehors des états proprement pathologiques, des motifs analogues se rencontrent dans le cas du sommeil qui diminue ou annihile les facultés d'un conducteur. Les juges retiennent comme un élément de l'imprudence, et aucunement comme un principe d'exonération, le fait qu'un automobiliste « avait peu dormi au cours de la nuit et n'était pas en possession de tous ses moyens » (72). Qu'un camionneur se fût trouvé « dans un état de fatigue extrême », en proie à « une véritable intoxication physique du fait de sa fatigue », cela ne saurait faire disparaître sa faute (73). A propos d'un motocycliste gagné par un assoupissement, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir estimé « qu'en circulant à motocyclette, sans être alors en possession de tous ses moyens physiques, circonstance qui n'avait pas été étrangère à la fausse manœuvre..., C... avait commis une faute » (74).

De telles décisions, banales en matière d'accidents de la circulation, on peut rapprocher un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, du 16 juin 1936 (75), consécutif à un accident survenu en matière de sport nautique. La Cour d'appel de Paris (76) avait relevé la faute d'un jeune homme « qui, ne sachant pas nager..., avait commis l'imprudence de s'embarquer dans un canoë ». Et la Cour suprême a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, au motif que les juges

(67) Aix-en-Provence, 20 novembre 1956, J.C.P. 1957.IV.137.

(68) Colmar, 10 décembre 1953, Rev. Als.-Lor. 1954.155, Gaz. Pal. 1954.I, tables, v^o Responsabilité civile, nos 75-76.

(69) Nîmes, 13 mars 1961, J.C.P. 1961.II.12360, note ESMEIN (en l'espèce il s'agit d'ailleurs de l'appréciation de la force majeure, l'action étant fondée sur l'art. 1384, al. 1^{er}, C. civ.).

(70) Crim. 6 mars 1956, Bull. crim. 1956, n^o 222, p. 402.

(71) Trib. civ. Avignon, 23 novembre 1949, D. 1950.153 (sur l'application de l'art. 1384, al. 1^{er}).

(72) Trib. civ. Redon, 26 mars 1957, D. 1957.294.

(73) Trib. corr. Seine, 2 mai 1955, Gaz. Pal. 1955.2.83, J.C.P. 1955.II.8916, note BLAEVOET.

(74) Civ. 2^e sect., 26 octobre 1961, Bull. civ. 1961, II, n^o 706, p. 498.

(75) S. 1936.1.321, rapport JOSSERAND.

(76) Paris 23 mars 1932, rapporté sous l'arrêt de la Chambre civile.

du fond avaient pu, « en s'inspirant des circonstances de la cause et en prenant en considération les dangers inhérents à l'utilisation d'un canoë par un occupant qui ne savait pas nager, relever ainsi à la charge de la victime une négligence de nature à justifier un partage de responsabilité ».

Ces divers arrêts (77) s'inspirent donc d'une idée commune, selon laquelle on ne doit pas entreprendre une activité de nature à créer un danger, lorsque l'on ne peut s'y livrer avec la sûreté de mouvements d'une personne normalement apte et agile.

34. — Cela ne veut pas dire, pourtant, que l'infériorité physique entraîne toujours un tel devoir de renoncement. Lorsqu'il est possible d'en neutraliser les effets dangereux par un soin accru, par des précautions spéciales, c'est seulement l'absence de ces précautions que les tribunaux reprochent à l'individu peu apte. Mais ici encore il appartient à celui-ci d'agir en tenant compte de son infirmité, de façon à ne pas causer — à soi-même ou à autrui — un dommage qui ne fût pas résulté de l'activité d'une personne normale.

Ainsi la Cour de cassation approuve les juges du fond lorsque ceux-ci énoncent qu'un cycliste « était tenu à une particulière attention en raison de son état de surdité » (78). De même, une personne « atteinte de myopie prononcée » doit faire particulièrement attention lorsqu'elle prend l'ascenseur (79).

De façon analogue, il est souvent rappelé que les personnes transportées, qui bénéficient d'une obligation contractuelle de sécurité, n'en doivent pas moins, lorsqu'elles sont particulièrement peu agiles, prendre des précautions spéciales. Commet une imprudence, par exemple, le passager d'un tramway qui, « bien qu'impotent d'une jambe et marchant avec des béquilles », demeure debout sur la plateforme sans se tenir aux barres d'appui (80). Un arrêt relève de même, à propos d'une voyageuse quinquagénaire, que celle-ci « devait être d'autant plus prudente que... elle était obligée de prendre plus de précautions qu'une autre parce qu'elle souffrait de rhumatisme », et qu'ainsi elle avait commis une faute en descendant d'un wagon par ses propres moyens, « surtout si elle était de santé anormale » (81).

(77) On peut en rapprocher : Civ. 1^{re} sect. 4 mars 1957 (J.C.P. 1957.II.9953, note ESMEIN), qui, à propos du risque de chute présenté par une attraction foraine, admet que la victime « était seule capable d'apprécier son aptitude physique à l'affronter ». En l'occurrence, toutefois, ce motif avait été formulé sur le terrain de l'acceptation des risques, et non de la faute de la victime.

(78) Civ. 2^e sect., 11 octobre 1956, Bull. civ. 1956, II, n° 511, p. 329. Rapp. : Trib. corr. Béthune, 18 mars 1955, Jurisp. automobile 1955, p. 129, cité par M. BOUZAT au D. 1955, p. 669 (condamnation d'un piéton qui, âgé de 73 ans et sourd, avait traversé obliquement un carrefour); Civ. 2^e sect., 22 janvier 1964, Bull. civ. 1964, II, n° 76, p. 55 (imprudence imprévisible d'un sourd franchissant sans précautions un passage à niveau).

(79) Paris, 29 avril 1961, J.C.P. 1961.II.12331 *ter*.

(80) Grenoble, 24 octobre 1930, D.H. 1930.595.

(81) Bruxelles, 20 avril 1928, S. 1928.4.18, 2^e espèce.

Ainsi encore, s'agissant d'une personne « âgée, de forte corpulence et marchant difficilement », et qui pour cette raison était tombée en descendant d'un autocar, la Cour de cassation a admis que cet accident était « uniquement imputable à sa maladresse » (82). Dans des circonstances analogues, les juges relèvent pareillement la faute d'une femme « âgée de 65 ans », en énonçant « qu'il lui eût appartenu de veiller davantage à sa propre sécurité, soit en cherchant une autre issue par laquelle elle eût pu accéder plus facilement au trottoir, soit même en réclamant l'assistance d'un agent de la Compagnie pour l'aider à descendre du wagon » (83).

35. — Mais de telles solutions impliquent-elles que les infériorités corporelles ne puissent *jamais* rendre licite un comportement moins opportun que celui d'un homme physiquement normal? Il serait aventureux d'admettre une telle induction. Assurément les tribunaux se conforment au simple bon sens, en refusant de donner effet à des déficiences dont un supplément de soin, ou un renoncement raisonnable, eût aisément pallié les inconvénients. Mais lorsque tel n'est pas le cas, les infériorités physiques sont prises en considération.

36. — Il peut en être ainsi, tout d'abord, lorsqu'il s'agit de défaillances subites survenant chez des sujets jusqu'alors en bonne santé, et qui par conséquent n'avaient aucune raison de restreindre leur activité. Pour les tribunaux, s'agissant d'appliquer l'article 1382 du Code civil, un malaise, une défaillance physique sont exclusifs de faute au même titre qu'un obstacle inopiné ou une défaillance mécanique, dans la mesure où rien ne permettait de s'y attendre (84). En de tels cas, toutefois, la jurisprudence est relativement ambiguë,

(82) Req. 11 novembre 1942, S. 1942, tables, v^o Voiturier, n^{os} 2-4.

(83) Lyon, 6 juin 1946, S. 1947.2.33, note A. RABUT. Voir encore Chambéry, 14 mars 1894, D.P. 1898.2.242 (1^{re} espèce), selon les motifs duquel le voyageur qui constate qu'il doit descendre du train au delà du quai, doit « soit mettre ses mouvements en rapport avec l'état des lieux, soit appeler à son aide, s'il est impotent ».

(84) Paris, 8 février 1952, D. 1952.361 et note LALOU, J.C.P. 1952.II.6799 et note H. B.; Nancy, 10 décembre 1952, Gaz. Pal. 1953.1, tables, v^o Responsabilité civile, n^{os} 36 et s.; Trib. civ. Metz, 19 mars 1953, Rev. Als.-Lorr. 1953.364., Gaz. Pal. 1953.2, tables, v^o Responsabilité civile, n^{os} 37-38; Montpellier, 17 décembre 1954, Gaz. Pal. 1955.1.79; Civ. 2^e sect. 20 octobre 1961, Bull. civ. 1961, II, n^o 684, p. 477 (l'accident « ne pouvait être imputé ni au mauvais état de la chaussée, ni à un obstacle surgi inopinément devant le véhicule, ni à une cause mécanique, ni enfin à une défaillance physique... »); Civ. 2^e sect. 26 octobre 1961, Bull. civ. 1961, II, n^o 706, p. 498 (le dommage étant dû à une fausse manœuvre d'un conducteur, il incombait à celui-ci « de démontrer que cette fausse manœuvre était due à une défaillance mécanique de sa machine ou à un malaise »); Pau 30 novembre 1961, Gaz. Pal. 1962.1, somm. p. 2; Civ. 2^e sect. 13 décembre 1961, Bull. Civ. 1961, II, n^o 859, p. 606 (« selon ses propres déclarations, le susnommé n'expliquait le fait par aucune défaillance physique mais par un moment d'inattention »); Civ. 2^e sect., 25 octobre 1963, Gaz. Pal. 1964.1.63 (« aucun accident mécanique n'était invoqué, ni aucune défaillance physique du conducteur »).

car elle peut s'expliquer sur le terrain de l'imputabilité (85) aussi bien que sur celui de l'illicite et du contenu des devoirs.

37. — Mais même lorsqu'il s'agit d'une déficience chronique ou d'une infirmité — et que le libre-arbitre du sujet ne saurait être en cause —, les juges, loin de se borner à déduire automatiquement la faute du fait que l'individu considéré n'a pas agi comme un homme valide, signalent ou suggèrent volontiers, au contraire, quand ils admettent l'existence d'une faute, que le malade ou l'infirme avait la possibilité, compte tenu de son état, de se comporter plus opportunément qu'il ne l'a fait (86). Ainsi donnent-ils l'impression de comparer la conduite de l'infirme à celle d'un infirme avisé plutôt qu'à celle d'un homme normal. Or les deux façons de raisonner ne conduisent plus à la même solution dans les cas où, même avec un soin attentif, l'infirme ne saurait — à moins de s'imposer une inaction absolue dont il serait inhumain de lui faire un devoir — avoir un comportement aussi conforme à l'intérêt général que celui d'un homme quelconque.

Aussi ne sera-t-on pas surpris de trouver, dans des décisions qui déniaient la faute, un inflexissement du standard de comportement en fonction de certaines infériorités physiques. Une telle solution n'est nullement en contradiction avec la jurisprudence précédemment évoquée.

Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Paris (87) a-t-il refusé de relever une faute à la charge d'un infirme, qui avait été heurté par un tramway alors qu'il traversait une rue « marchant péniblement en s'appuyant sur deux cannes ».

De même, la Cour d'appel de Colmar (88) a eu à apprécier la conduite d'un homme qui, étant atteint d'une cécité presque complète, d'une surdité prononcée, et d'une impotence d'une jambe, n'en était pas moins obligé de circuler pour gagner sa vie. Traversant une route, à un pas qui n'était évidemment pas celui d'un homme normal, ce malheureux était entré en collision avec une voiture. Or la Cour d'appel l'a jugé exempt de toute faute, par les motifs suivants : « Attendu que les règlements sur la circulation n'ont pas spécialement prévu le cas de l'infirme; — Attendu qu'il n'est pas interdit à l'infirme de circuler seul...; — Attendu qu'en l'espèce D... circulait pour gagner sa vie...; — Attendu que K... n'a pas contesté qu'il avait pu voir la canne blanche dont était muni l'aveugle; — Attendu que celui-ci a traversé la route perpendiculairement, comme il devait le faire;

(85) C'est sur ce terrain que se placent, explicitement, certaines des décisions précitées (Paris, 8 février 1952, Trib. civ. Metz, 19 mars 1953, Montpellier, 17 décembre 1954) d'ailleurs critiquables quant à la charge de la preuve.

(86) Voir notamment Paris 29 avril 1961 (J.C.P. 1961.II.12331 *ter*) qui relève la myopie du sujet au même titre que les circonstances externes, mais constate qu'une attention suffisante en aurait empêché l'effet dommageable.

(87) 21 juillet 1930, Gaz. Pal. 1930.2.435.

(88) 10 juin 1938, S. 1938.2.195, Gaz. Pal. 1938.2.381.

qu'il n'est pas établi, ni même allégué qu'il ait commencé ce mouvement alors que K... était trop rapproché pour pouvoir s'arrêter à temps; — Attendu qu'il n'a donc pas été fait preuve d'une faute de la victime... ».

Dans cette espèce, on le voit, l'infirme s'était conduit de façon prudente et avisée : cela a suffi pour qu'aucune faute ne fût relevée à sa charge, encore que ses gestes n'eussent pas été identiques à ceux d'un homme normal (89).

Une conception analogue se manifeste également dans les motifs d'un arrêt rendu le 17 novembre 1941 par la Chambre civile de la Cour de cassation (90). En l'occurrence un homme âgé et amputé d'une jambe avait été bousculé par un mouvement de foule et, en raison de son infirmité, n'avait pu éviter de heurter une automobile et de se blesser. Sur quoi les juges du fond avaient exonéré l'automobiliste, au motif que l'accident était entièrement imputable à la faute de la victime. Mais l'arrêt de la Chambre civile — tout en admettant l'exonération par la cause étrangère — précise, à propos du comportement de l'infirme, « que la qualification de faute est surabondante et que la décision attaquée est justifiée sans qu'il y ait lieu de la retenir ». Et pourtant la Cour de cassation insiste sur le fait que l'accident était dû à l'infirmité de la victime, qui aurait pu se dégager si elle avait été valide. Ici encore, par conséquent, il semble bien qu'un comportement différent de la normale ne soit pas tenu pour intrinsèquement et nécessairement fautif.

De la même façon, appréciant la conduite d'un infirme heurté par une voiture sur la chaussée, alors que le trottoir était verglacé, la Cour d'appel de Rouen (91) a refusé d'admettre qu'il eût commis une faute, et cela par le motif suivant : « Compte tenu des circonstances climatiques exceptionnelles, il ne peut être fait grief à S..., qui marche difficilement à la suite d'une blessure reçue au cours de la guerre de 1914, d'avoir circulé à pied sur la chaussée et de n'avoir tenté de gagner le trottoir de gauche que quelques mètres après la place... » (92).

Plus récemment encore, la Cour d'appel de Paris (93) a reproduit un motif par lequel le Tribunal de commerce de la Seine — à propos d'une chute faite dans un magasin par une dame de 82 ans —, avait

(89) On rapprochera de cet arrêt un jugement du Tribunal civil d'Épinal du 11 juillet 1925 (Gaz. Pal. 1925.2.629) qui, pour dénier la faute d'une femme écrasée par une voiture à chevaux, énonçait : « que, quand bien même il serait établi qu'elle fût totalement sourde et aveugle, elle n'aurait pas commis de faute en traversant seule la voie publique, qu'un infirme ne peut être tenu d'avoir un accompagnateur; qu'il appartient au contraire aux conducteurs de véhicules qui traversent une agglomération de prévoir l'éventualité de la rencontre d'une personne impotente ou d'un enfant; qu'ils doivent, à cet effet, marcher à une allure modérée leur permettant d'arrêter immédiatement, le cas échéant... ».

(90) S. 1942.1.13.

(91) 24 juin 1954, D. 1954.739.

(92) Il ne faut pas rapprocher de cet arrêt celui de la Chambre civile du 31 mars 1925 (S. 1925.1.167), qui pourtant retient également la qualité de mutilé de guerre, mais n'envisage pas celle-ci, en réalité, comme une véritable circonstance interne.

(93) Paris 9 janvier 1961, D. 1961.153, J.C.P. 1961.II.12062.

« écarté toute faute ou imprudence à la charge de la victime, sa démarche hésitante due à son grand âge ne pouvant lui être reprochée ». De même, s'agissant d'une septuagénaire à qui son adversaire reprochait de s'être exposée à un accident en rasant les murs de trop près, la Cour de Paris observe « qu'il ne saurait être reproché à une personne âgée d'occuper sur un trottoir la place que le bon usage lui réserve » (94). Mais surtout il faut mentionner la prise de position très nette de la Cour de cassation, à propos d'une infirme qui marchait sur une route en s'appuyant à un bras secourable et qui, pour cette raison, ne suivait pas la bordure immédiate du bas-côté; par un arrêt du 4 janvier 1964, la 2^e section civile a estimé que les juges du fond avaient dénié à bon droit la faute de cette personne, dès lors qu'ils relevaient qu'elle « venait de subir une opération au pied », qu'elle « marchait difficilement » et que l'accotement n'était pas praticable pour elle (95).

La même idée a été également mise en œuvre à plusieurs reprises, à propos du devoir de prudence qui s'impose aux personnes transportées. Ainsi une voyageuse tombée en descendant d'un train, alors qu'elle ne pouvait savoir que le wagon était arrêté au-delà du quai, a été jugée exempte de faute, bien que l'accident résultât en partie de ce que cette personne était « très corpulente et peu ingambe » (96). En effet, « lorsque des voyageurs non avertis se voient obligés de se livrer pour descendre de voiture à des exercices physiques que leur âge, leur sexe ou leurs infirmités ne leur permettent pas toujours d'accomplir », on ne saurait reprocher à une femme « de s'être montrée moins agile que d'autres voyageurs et d'avoir perdu l'équilibre » (97).

38. — Celui qui est infirme ou physiquement déficient est donc jugé exempt de faute lorsqu'il se conduit de façon judicieuse, quand bien même ses mouvements ne s'identifieraient pas exactement à ceux d'un homme valide. Mais les tribunaux vont plus loin, car même en présence d'un comportement qui n'est pas pleinement rationnel, ils déniaient parfois la faute, lorsque la situation où s'est trouvé le sujet, compte tenu de son incapacité physique, était de nature à troubler le jugement d'une personne avisée.

C'est ainsi que s'expliquent, en effet, comme on l'a indiqué plus haut (98), les arrêts qui déclarent « excusable » ou « fort compréhensible » le mouvement d'hésitation d'une personne âgée surprise par l'arrivée inopinée d'un véhicule (99). Cette solution ne contredit nullement la thèse selon laquelle on doit prendre pour type de comparaison une personne raisonnable, car une telle personne se trouve

(94) Paris 29 mars 1962, J.C.P. 1962.II.12874 et note P.E.

(95) Civ. 2^e sect. 4 janvier 1964, Bull. civ. 1964, II, n^o 17, p. 13.

(96) Chambéry 14 mars 1894, D.P. 1898.2.242 (1^{re} espèce).

(97) Trib. comm. Seine, 2 juin 1953, Gaz. Pal. 1953.2.172.

(98) Voir *supra* n^o 28.

(99) Crim. 7 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.77; Crim. 5 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.357; Bordeaux 25 juin 1953, La Loi 12 février 1954, Gaz. Pal. 1954.1, tables, v^o Responsabilité civile, n^{os} 71 et s.

parfois prise de court dans une situation dramatique. Mais de tels arrêts s'opposent à la théorie selon laquelle le type de référence devrait être, en toute hypothèse, un homme normal en pleine possession de ses forces.

39. — Que la jurisprudence n'hésite pas, quand l'occasion s'en présente, à tenir compte de l'état physique pour apprécier des fautes d'imprudence ou de négligence, cela paraît hors de doute. Mais une objection se présente immédiatement à l'esprit, en ce qui concerne la portée de ces décisions : n'est-ce pas uniquement à propos de la *faute de la victime* que l'on voit les tribunaux faire ainsi état des infirmités ? Si, pour apprécier une telle faute, il faut comparer la conduite du sujet à celle d'un homme avisé affecté des mêmes déficiences corporelles, en va-t-il vraiment de même lorsqu'il s'agit de juger le comportement de celui qui a causé un dommage à autrui ?

En pratique, effectivement, il faut convenir que c'est presque toujours en faveur des victimes que les infériorités physiques auront lieu d'être retenues. Mais cela tient à des raisons de pur fait, et qui n'ont rien d'absolu. Juridiquement, il n'y a aucune différence à faire, à cet égard, entre les appréciations auxquelles donnent lieu la faute de la victime et celle de l'auteur d'un dommage.

On a déjà dit, en effet — et c'est l'évidence même — que les infirmes doivent prendre des précautions particulières pour éviter que leur infirmité ne soit cause de dommages. Il est donc raisonnable, de leur part, de renoncer à beaucoup d'activités présentant un danger. Ce que l'on ne peut leur reprocher, en revanche, c'est d'accomplir les actes ordinaires de la vie, et notamment de circuler à pied, d'emprunter les moyens de transport en commun, etc. ; or, ce faisant, il est clair que c'est eux-mêmes, beaucoup plus qu'autrui, qu'ils exposent à un risque. Il est donc très compréhensible que, en fait, ce soit essentiellement à propos de la faute de la victime que les tribunaux soient amenés à tenir compte des déficiences corporelles. Mais il ne s'agit là que d'une observation de fait, qui n'autorise aucune distinction sur le plan juridique.

L'appréciation de la faute, en réalité, est logiquement indépendante de l'incidence du dommage. Quand un infirme traverse une rue, la question de savoir s'il agit avec prudence n'est pas susceptible de deux réponses différentes selon qu'il en résulte un dommage pour lui (c'est le cas ordinaire) ou pour autrui (cas où un automobiliste ou un cycliste déraperait en voulant l'éviter, ou se blesserait en freinant au dernier moment). On peut d'ailleurs fort bien imaginer que des dommages soient alors subis par les deux parties en présence (100) : il nous paraît évident que, dans les espèces où les tribunaux ont dénié la faute d'un piéton infirme, ils n'auraient pas engagé la responsabilité de celui-ci si le conducteur s'était avisé de demander répara-

(100) Tel était le cas dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt précité de la 2^e sect. civile du 4 janvier 1964 (Bull. civ. 1964, II, n^o 17, p. 13).

tion des dommages que l'accident aurait causés à sa voiture ou à sa personne. Il serait en effet contradictoire d'admettre, dans une telle conjoncture, qu'un même comportement puisse être à la fois prudent et imprudent.

Il est d'ailleurs facile d'imaginer d'autres hypothèses où une déficience corporelle conduirait à nuire à autrui, et où pourtant l'affirmation d'une imprudence confinerait à l'absurde. S'il est légitime d'admettre, par exemple, que c'est une imprudence de manœuvrer un commutateur électrique dans une pièce où l'on sent une forte odeur de gaz (101) — et ce faisant on peut évidemment causer le plus grave dommage à autrui —, il serait inconcevable de considérer en faute, pour le même geste, un individu dont il serait prouvé que les facultés olfactives sont nulles : dire que celui-ci aurait, en l'occurrence, manqué de prudence, ce serait formuler une proposition qui ne reposerait sur rien, et tournerait le dos au bon sens.

Dans les décisions qui apprécient la faute de la victime en fonction de ses déficiences physiques, il ne faut donc voir que l'application d'un principe général, selon lequel le contenu des devoirs de prudence et de diligence s'apprécie par référence au comportement d'un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances, aussi bien internes qu'externes.

40. — Il résulte en effet de ce qui précède que les infirmités, les handicaps physiques divers qui peuvent affecter un individu, ne sont guère traités autrement que les circonstances extérieures. Comme à celles-ci, certes, il appartient à l'homme avisé d'y adapter judicieusement sa conduite (102). Mais il est des cas irréductibles où même un homme très soigneux voit l'opportunité de ses mouvements diminuée par ses déficiences corporelles, comme elle pourrait l'être par des circonstances extérieures défavorables; dans ces cas, le juge ne se croit pas autorisé à conclure à l'existence d'une faute, au seul motif qu'un homme sain et valide aurait eu une plus grande sûreté de gestes.

A cet égard, nos tribunaux adoptent d'ailleurs une position dont l'originalité ne doit pas être surestimée. Il est intéressant d'observer, en effet, que la conception anglo-saxonne du « standard externe », en dépit de son nom, n'exclut pas nécessairement la prise en considération de données internes de nature purement physique. Analysant la manière dont le droit américain envisage le modèle abstrait de

(101) Voir cependant Trib. civ. Nice, 18 mai 1960, D. 1962.591 et note LOMBOIS.

(102) On observera d'ailleurs que ce devoir particulier, pesant sur les infirmes ou les malades, peut lui-même aller à l'encontre d'une appréciation purement abstraite de la faute. Ainsi, lorsque les juges reprochent à un voyageur de s'être exposé au froid alors qu'il était en mauvaise santé (Trib. civ. Rouen 17 novembre 1937, Gaz. Pal. 1938.2.496, sous-note), ils aboutissent à une solution différente de celle qu'eût donnée la comparaison avec un homme avisé placé dans les mêmes circonstances « externes ». En ce cas (mais ici cela suppose qu'il s'agit de faute de la victime), la déficience physique a pour effet, non de justifier l'acte dommageable, mais au contraire de le rendre fautif.

« l'homme raisonnable », le Doyen Prosser (103) précise que ce type de comparaison à côté de qualités intellectuelles normales, possède « les attributs physiques de l'agent lui-même ». Nous croyons que cette formule est également valable en droit français.

41. — On a objecté, il est vrai, qu'il serait irrationnel, et même impossible, de distinguer les particularités psychologiques et physiques, les premières n'étant bien souvent que l'effet des secondes. Mais cet argument, tiré des liens étroits du physique et du moral, est loin d'être décisif.

Critiquant toute distinction entre les circonstances internes d'ordre physique et d'ordre intellectuel, MM. Mazeaud et Tunc (104) formulent les observations suivantes : « On voit tout de suite qu'un pareil critère ne peut mener à rien, car les circonstances d'ordre intellectuel ont toutes un lien plus ou moins étroit avec les circonstances d'ordre physique, de nature cérébrale, nerveuse ou glandulaire. Et où rangerait-on le défaut de raison provenant du jeune âge ? Au surplus, un tel critère ne conduirait-il pas bien souvent à dégager la responsabilité de l'imprudent ? Est-ce qu'en effet l'imprudence, au moins lorsqu'elle résulte d'un manque de sang-froid, ne se trouve pas liée à un état physique de nervosité ?... ».

Or ces remarques sont exactes, dans la mesure où elles s'appliquent aux causes de l'attitude imprudente. Mais le problème n'est pas là. En réalité il s'agit de savoir quand une attitude est judicieuse et quand elle ne l'est pas ; or il est très facile de distinguer les particularités individuelles invoquées pour justifier un acte peu judicieux (jeune âge, nervosité, etc.) et celles dont le sujet fait état pour montrer que son comportement, quoique anormal, a été raisonnable (manque d'agilité physique, insuffisance sensorielle...). Et il est aisé d'observer que, quand bien même les unes et les autres seraient d'origine physique, les premières ont seules une influence sur la rectitude du jugement : c'est en ce sens, et en ce sens seulement que nous les avons appelées des infériorités d'ordre psychologique. En d'autres termes, ce n'est pas *la cause* des inaptitudes qui importe (concédons que la plupart ont une origine somatique ou physiologique), c'est *leur effet* : conduisent-elles ou non celui qui en est affecté à se conduire de façon irrationnelle ? Sous cette forme, le critère envisagé ne soulève, en vérité, aucune difficulté d'application.

Lorsqu'ils prennent en considération certaines infirmités physiques, alors qu'ils tiennent pour inopposable le défaut d'intelligence, d'attention ou de sang-froid, les tribunaux ne sont donc nullement abusés par un mirage, et ne se livrent à aucune option philosophique sur les rapports de l'âme et du corps. Ils se demandent, en toute simplicité, quelle était pour le sujet considéré la conduite *raisonnable* :

(103) *Handbook of the Law of Torts*, 2^e éd., 1955, § 31, p. 124, cité par MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n^o 444.

(104) Responsabilité civile, t. I, n^o 437.

or celle-ci peut dépendre des données corporelles, mais nullement dans la mesure où ces données obscurcissent le jugement.

42. — Cela ne veut pas dire, pourtant, que les caractéristiques physiques de l'homme normal ne jouent aucun rôle dans la détermination des devoirs s'imposant aux individus atteints d'une déficience corporelle. On a souligné, en effet, que ceux-ci, dans la mesure où un soin accru ou un renoncement raisonnable le leur permettent, doivent neutraliser ce que leur infirmité présente de dangereux. Or, dans ce cas, leur effort aura pour mesure ce qui leur sera nécessaire pour rejoindre le standard ordinaire, lequel est fonction des aptitudes communes. Ainsi le myope, s'il veut conduire une voiture, doit porter des lunettes pour égaler sa vue à celle d'un homme normal; mais une fois atteint ce niveau de perception, il va de soi qu'il n'a pas à faire davantage en ce sens (105). L'effort particulier qui lui est demandé se mesure donc bien aux capacités physiques ordinaires.

Ainsi il demeure vrai que, le plus souvent, les individus moins aptes que la moyenne, tant psychiquement que physiquement, se trouvent soumis à des règles de conduite dont le contenu est fonction des aptitudes communes. Mais il est essentiel d'observer que cela se réalise de deux manières très différentes. Lorsque la norme enjoint de se conduire aussi consciencieusement qu'un homme honnête, aussi judicieusement qu'un homme avisé, elle existe pour tous et inconditionnellement, quelles que soient les déficiences morales ou intellectuelles de sujets particuliers : là se manifeste véritablement l'appréciation *in abstracto*. Au contraire, dans la mesure où le devoir est de « neutraliser » ses infériorités corporelles pour agir aussi opportunément qu'un homme normal, alors on se trouve devant une règle particulière et qui, loin d'être absolue, ne joue que dans certaines limites : car si elle satisfait aussi un besoin de sécurité, elle ne se relie pas d'une façon essentielle, comme la précédente, à une échelle de valeurs transcendant la nature humaine (106).

43. — Dans l'un et l'autre cas, cependant, on peut voir se réaliser le même effet : un individu a eu un comportement inférieur au standard normal, parce qu'il était peu doué ou peu apte, mais cette circonstance n'empêche pas sa conduite d'être jugée illicite. Une telle solution présente l'avantage évident d'encourager les sujets les moins doués à redoubler de soin. Mais une règle de conduite ainsi établie en tenant compte des facultés normales ne risque-t-elle pas de pousser à quelque relâchement ceux qui pourraient faire mieux que la moyenne? Si les infériorités ou les inaptitudes sont source d'insécurité, au contraire les aptitudes supérieures permettent un compor-

(105) Et pourtant il ne parvient pas ainsi à une perception parfaite : si le commun des mortels pouvait voir à travers les obstacles, le même individu devrait s'équiper d'un radar pour se hausser au niveau normal.

(106) Voir *infra*, nos 175 à 181.

tement exceptionnellement judicieux et adapté aux circonstances. Dès lors, il serait concevable que les tribunaux, tenant compte de ces facultés particulières quelle qu'en soit la nature, imposent aux sujets les mieux doués ou les plus instruits de se conduire avec toute l'opportunité que promettent leurs aptitudes, plus judicieusement même qu'on ne peut l'attendre d'une personne quelconque.

Dans quelle mesure en est-il ainsi ? Il convient, pour le savoir, d'étudier maintenant l'influence que peuvent exercer, sur le contenu des devoirs généraux de prudence et de diligence, les supériorités individuelles.

§ 3. — LES SUPÉRIORITÉS INDIVIDUELLES

44. — Même de fermes défenseurs de l'appréciation *in abstracto* de la faute peuvent convenir que les intérêts qui militent en faveur de ce mode de raisonnement, dans le cas des déficiences individuelles, ne se retrouvent guère lorsque l'on est en présence d'aptitudes supérieures, permettant un comportement spécialement opportun.

Le particularisme de ce problème a été signalé notamment par M. Tunc, inspiré — semble-t-il — par les enseignements du droit comparé.

Selon cet auteur (107), « on pourrait concevoir... que l'appréciation *in concreto* vienne se cumuler avec la conception *in abstracto*, non pour diminuer la diligence-type que l'on impose à tous, mais au contraire pour ne pas permettre aux individus particulièrement doués ou compétents de faire preuve d'une attitude psychologiquement négligente. En d'autres termes, serait en faute toute personne qui n'agirait pas comme une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes, et, de plus, toute personne qui n'agirait pas comme une personne disposant de son intelligence et de ses connaissances et soucieuse de ses devoirs sociaux ».

Toutefois le même auteur, s'il considère cette application cumulative des deux critères comme théoriquement préférable à une conception uniquement objective de la faute, n'en ajoute pas moins qu'en pratique « elle compliquerait le problème de la faute et risquerait d'introduire des discussions sans fin sur les qualités subjectives de l'auteur du dommage ». Aussi croit-il devoir l'exclure, sauf en ce qui concerne cette circonstance personnelle relativement objective que constitue la profession.

En dépit de cette conclusion restrictive, M. Tunc manifeste à l'égard de cette question un intérêt, qui paraît trouver sa source dans l'étude des droits anglo-saxons. Ceux-ci admettent, en effet, que l'individu qui possède une aptitude particulière (mais pas nécessairement d'origine professionnelle) doit être jugé en fonction de cette capacité spéciale. Ainsi, selon le *Restatement of the Law of Torts* (108),

(107) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 423, note 9.

(108) § 289, cité par MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 444, note 11.

le type de comparaison a non seulement les facultés de perception et les connaissances d'un homme raisonnable, mais encore « telle perception supérieure..., telles connaissances supérieures qu'avait l'agent lui-même ». Le Doyen Prosser indique, en termes analogues, que l'homme raisonnable pris pour modèle se voit attribuer, en plus des qualités intellectuelles normales, « telles capacité supérieure ou connaissances spéciales que l'agent possède... » (109). Sur ce point encore une importante dérogation est apportée, on le voit, au principe du « standard externe ».

Mais une analyse attentive ne permettrait-elle pas de discerner la même tendance dans la jurisprudence française ? Certes les espèces cruciales sont en nombre relativement limité, car il est souvent difficile aux juges de déterminer dans quelle mesure des aptitudes particulières, existant chez un individu, permettraient réellement à celui-ci d'éviter l'erreur de conduite dans laquelle serait tombée une personne quelconque. Pourtant l'examen de notre jurisprudence n'est pas sans apporter, à cet égard, des éléments très notables.

45. — Avant de rechercher ceux-ci, il faut toutefois prendre garde à la diversité des effets que pourraient produire, rationnellement, les aptitudes supérieures à la normale. La première idée qui vient à l'esprit, en effet, c'est que ces aptitudes, si elles ont véritablement une influence sur le contenu des devoirs et obligations, doivent logiquement rendre *plus rigoureuse* la norme imposée aux sujets spécialement capables. Et il est compréhensible, en effet, que l'on enjoigne à ceux-ci, puisqu'ils le peuvent, d'agir mieux que le commun des hommes n'est en mesure de le faire. Mais s'en tenir à cet aspect des choses serait prendre une vue bien simpliste de la réalité. Car lorsqu'une activité dépasse les capacités ordinaires, et que par conséquent le fait de l'entreprendre constitue pour un individu quelconque une attitude présomptueuse et déraisonnable, il est évident que des connaissances ou une habileté spéciales en la matière ont pour effet de rendre raisonnable, au contraire, l'exercice de cette activité. A ce point de vue, les aptitudes supérieures peuvent donc avoir, logiquement, *un effet justificatif*, ce qui est tout le contraire de l'idée aperçue en premier lieu. Il y a là une opposition essentielle, au premier abord quelque peu paradoxale, mais que l'on ne saurait ignorer.

Pour analyser l'effet juridique des aptitudes particulières, il est donc indispensable de les envisager successivement comme élément d'illicéité et comme élément de licéité.

(109) *Handbook of the Law of Torts*, 2^e éd., 1955, § 31, p. 124.

1° — *Les aptitudes particulières, élément d'illicéité*

46. — Il est certain que l'homme raisonnable met à profit, lorsque l'occasion s'en présente, les aptitudes et les connaissances particulières qu'il possède. On comprend donc facilement que ces aptitudes spéciales puissent contribuer à rendre fautive la conduite de celui qui n'en tire pas tout le parti désirable.

Parfois, il est vrai, — même en dehors du domaine contractuel — ce sont des *capacités professionnelles* qui sont relevées ainsi par les tribunaux, à propos de gens qui, précisément, se trouvaient dans l'exercice de leur profession. Or en ce cas il n'y a pas nécessairement une véritable individualisation du devoir de diligence. Il se peut en effet que les aptitudes professionnelles soient envisagées, non comme une *qualité personnelle* de l'agent, mais seulement comme une exigence liée à son activité. Si l'on requiert du professionnel des capacités spéciales, c'est à raison de ce qu'il fait, non de ce qu'il *est*. Ce n'est pas parce qu'il possède *en lui-même* des aptitudes supérieures, c'est parce qu'il exerce une activité qui requiert ces aptitudes.

Cependant, même lorsqu'il s'agit de l'exercice de la profession, il y a des cas où les capacités professionnelles sont certainement envisagées comme des qualités existant en la personne de l'agent. Il en est ainsi lorsqu'il s'est livré à une activité à laquelle n'importe qui aurait pu, sans encourir aucun reproche, se livrer de façon occasionnelle. Par exemple le commerçant qui achète une chose pour la revendre fait un acte que pourrait faire n'importe quel non-commerçant. Si donc on juge alors sa diligence selon un standard particulier, sur le terrain délictuel, ce ne peut être qu'en tant qu'on le considère comme mieux informé, en fait, qu'une personne quelconque. Or c'est bien de cette façon que s'opère l'appréciation.

Ainsi un marchand spécialisé, qui achète une chose volée sans se renseigner de façon suffisante sur son origine, voit-il sa responsabilité appréciée plus rigoureusement que celle d'un individu ordinaire, lorsque le véritable propriétaire l'assigne sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. De l'acheteur d'une péniche, un arrêt (110) relève « que, société anonyme spécialisée dans les affaires de matériel et de transport par eau, elle ne pouvait ignorer la loi du 5 juillet 1917 (111) et les formalités prescrites par cette loi... ». De l'acheteur d'une automobile, un autre arrêt (112) dit pareillement « que la société intimée, qui, depuis plusieurs années fait des opérations d'achat et de vente d'automobiles d'occasion et publie des annonces commerciales dans les journaux spécialisés..., a le devoir de faire examiner les voitures par des professionnels pour déceler, s'il y a lieu, le maquil-

(110) Nancy 5 février 1924, S. 1925.2.29.

(111) Loi instituant l'immatriculation des bateaux de rivière et l'hypothèque fluviale.

(112) Paris 18 janvier 1939, D.H. 1939.136.

lage des numéros permettant de les identifier ». Plus remarquable encore est un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris (113) qui tient compte non seulement de la profession mais de l'âge, et condamne l'acquéreur d'un objet rare au motif que, *antiquaire de profession et âgé de 50 ans*, il ne pouvait avoir de doute sur l'origine suspecte de l'objet acquis.

De manière analogue, en matière de contrefaçon, les juges ont pu tenir compte des moyens d'information particuliers dont disposait, par rapport à un commerçant ordinaire, la société exploitant l'un des plus célèbres magasins parisiens. La Cour de cassation (114) a approuvé, en l'espèce, le motif selon lequel « la société des Grands Magasins X..., particulièrement armée pour surveiller les modèles qui viennent de se créer,... a commis une négligence et une imprudence qui la constituent en faute ».

La possibilité de prendre ainsi en considération les aptitudes spéciales d'un professionnel résulte encore des décisions qui, *a contrario*, motivent leur dénégation de la faute en constatant l'absence de telles aptitudes. Il a été jugé, par exemple, que n'ayant pas reçu de directives particulières et « n'ayant pas une compétence spéciale », un affrèteur n'était pas responsable envers des tiers, sur la base de l'article 1382 C. civ., de l'explosion de marchandises dangereuses qu'il avait prises en charge (115).

47. — Mais beaucoup plus intéressantes sont les décisions de jurisprudence qui tirent argument des connaissances professionnelles pour fixer le niveau de la diligence due par des personnes qui, au moment de l'action considérée, ne sont aucunement dans l'exercice de leur profession. Lorsque tel est le cas, en effet, il est impossible de nier que c'est une véritable *circonstance interne* qui est prise en considération, et qu'il ne s'agit pas d'une détermination de la norme en fonction de l'activité exercée. L'idée dont il est fait application est alors, incontestablement, que celui qui possède des aptitudes particulières doit, pour se conduire en homme avisé, agir en conséquence.

Cette idée a été mise en œuvre, notamment, dans l'affaire célèbre du savant qui, pour exterminer les lapins infestant sa propriété, avait inoculé à ceux-ci le virus de la myxomatose, provoquant ainsi une épizootie qui devait étendre ses ravages dans la France entière. A cette occasion ont été rendus, le 24 septembre 1954, deux jugements du Tribunal civil de Dreux (116) qui, pour déclarer en faute l'auteur de cet acte dommageable, énoncent « qu'en sa qualité d'homme de science il était tenu à une vigilance toute particulière; qu'il avait auparavant étudié les diverses manifestations de la myxomatose dans les autres parties du monde; qu'il connaissait les effets foudroyants de

(113) Paris 15 février 1961, D. 1961, somm. 43.

(114) Req. 11 décembre 1940, Gaz. Pal. 1941.1.58.

(115) Trib. civ. Brest 15 décembre 1954, Gaz. Pal. 1955.1.356.

(116) Gaz. Pal. 1954.2.275 et 424, D. 1954.690.

la dernière expérience effectuée en Australie dans le courant de l'année 1950... »; ainsi l'effet probable de l'inoculation « ne pouvait pas échapper à l'homme de science qu'est le professeur X... ».

Saisie à son tour, la Cour d'appel de Paris a confirmé ces décisions par deux arrêts du 25 janvier 1956 (117), notamment par les motifs suivants : « Considérant que le tribunal, par des motifs pertinents que la cour adopte, a exactement précisé la faute commise par le professeur X..., qui, bien que très au courant, ainsi qu'il l'a reconnu lui-même, du caractère très contagieux du virus..., n'a pas hésité à l'expérimenter... Considérant que X... ne pouvait en tout cas ignorer qu'il existait des risques d'extension générale de l'épidémie; qu'homme de science, ayant un long passé d'études et de recherches, il connaissait les dangers de contamination... ».

C'est une conception semblable que traduit, dans une autre espèce, la motivation relative à la responsabilité d'un éleveur qui, sans nécessité, était allé palper dans un enclos un poulain qui ne lui appartenait pas. Par un arrêt du 15 mars 1956, la Cour de cassation a approuvé le motif selon lequel les faits en question « revêtaient le caractère d'une faute très lourde à la charge de M..., qui, en raison de son passé d'homme de cheval, ne pouvait ignorer les dangers qu'il courait... » (118). De même, pour apprécier la responsabilité d'un cultivateur qui avait fait désherber son blé avec un produit dangereux pour les vignes voisines, les juges ont relevé que ce paysan, étant « également viticulteur », devait connaître le danger qu'il créait (119).

Par un motif analogue, la Cour d'appel de Grenoble, le 23 décembre 1957, a jugé en faute un instituteur qui, roulant sur un « scooter », avait écrasé un enfant devant une école. L'arrêt relève en effet « que sa profession d'instituteur et son contact habituel avec l'enfance auraient dû l'inciter à une prudence extrême et à une attention redoublée pour éventuellement le détourner d'une voie inusitée sur laquelle la circulation d'un scooter créait à cette heure un risque particulièrement dangereux » (120).

A l'inverse, celui qui ne possède, dans le domaine considéré, aucune qualification particulière, ne peut évidemment se voir reprocher de n'avoir pas agi comme l'eût fait un homme de l'art. Ainsi l'on ne peut faire grief à un non-médecin — fût-il un homme de science — de n'avoir pas utilement secouru la victime d'un accident, si une aide efficace supposait des connaissances médicales; en effet, dit un arrêt, « il ne pouvait utilement porter lui-même secours (à la vic-

(117) D. 1956.184; Gaz. Pal. 1956.I.107 et concl. MARMIER.

(118) Civ. 2^e sect., 15 mars 1956, D. 1956.445 et note R. SAVATIER (2^e espèce). En l'occurrence, il est vrai, le même comportement eût aussi été fautif (mais moins gravement) de la part d'une personne quelconque.

(119) Trib. civ. Saumur 19 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11537, note T.P.

(120) Grenoble 23 décembre 1957, AMPEAU contre VERGER, inédit. Ce motif, à vrai dire assez discutable en l'occurrence, a été critiqué par la voie du pourvoi en cassation. Mais la Cour de cassation a maintenu l'arrêt sur ce point, en se référant à d'autres motifs plus généraux (Civ. 2^e sect. 12 novembre 1959, Bull. civ. 1959, II, n^o 722, p. 472).

time) et lui prescrire, dans une matière délicate, un traitement qu'il ignorait » (121).

Les connaissances acquises dans l'exercice d'une profession peuvent donc modifier le contenu des devoirs, même en dehors de l'exercice de cette profession (122). Et cela est parfaitement compréhensible, car l'homme avisé tient compte, bien évidemment, de ce que son expérience a pu lui enseigner.

Cette expérience, d'ailleurs, n'est pas nécessairement d'origine professionnelle. Les tribunaux pour établir l'existence d'une faute, relèvent souvent l'expérience acquise dans les circonstances et les matières les plus diverses.

48. — Il peut s'agir, par exemple, des connaissances acquises par des amateurs dans le domaine sportif.

Ainsi, pour établir l'imprudence commise par un chasseur, un arrêt décrit le comportement de celui-ci par un motif commençant en ces termes : « Attendu que V..., chasseur expérimenté, a commis, lui aussi, une faute en se plaçant à la lisière du bois... » (123).

De même, un jugement caractérise la faute d'un boxeur amateur, monté sur le ring sans préparation suffisante, en observant que cet homme « qui fréquentait... les salles de boxe, connaissait les risques de ce sport » (124).

On relève des motifs analogues pour le spectateur d'une partie de golf, et pour celui d'un combat de catch, qui avaient été frappés l'un et l'autre pour s'être approchés intempestivement de l'un des adversaires. Du premier, la Cour d'appel de Paris a observé que, « bien que connaissant le jeu auquel... il venait de participer, ses gestes, règles et dangers », il s'était placé sur la trajectoire de la canne « dont, en sa double qualité d'homme de sport et de joueur, il ne pouvait ignorer le parcours » (125). A propos du second, le Tribunal de la Seine a noté « qu'il y a lieu de tenir compte de l'ambiance et de l'atmosphère dans lesquelles de pareilles manifestations se déroulent; que le plaignant est un adepte qui n'ignore rien de ces circonstances » (126).

(121) Angers 3 mars 1936, D.H. 1936.245. Voir également les motifs de Civ. 21 juin 1938, Gaz. Pal. 1938.2.721 (« on ne peut exiger de quelqu'un qui n'est pas médecin une science et une habileté exemptes de toute critique »).

(122) Voir encore Civ. 2^e sect. 8 juillet 1954, J.C.P. 1954.IV.122 (un ingénieur, à qui la position anormale d'une cabine d'ascenseur n'avait pas échappé, a commis une faute en l'utilisant néanmoins). Rappr. Trib. civ. Bruxelles 18 mars 1937 (S. 1938.4.28), qui caractérise la faute commise par l'auteur d'un article de presse peu exact, consacré à une affaire judiciaire, en faisant état de sa qualité « d'ancien commissaire de police ».

(123) Douai 13 octobre 1930, Gaz. Pal. 1930.2.702. Rappr. Paris 1^{er} juillet 1963 (motifs), D. 1964.370, note P. AZARD et M. BOUCHÉ.

(124) Trib. civ. Carpentras 25 janvier 1939, D.P. 1940.2.22, note Jean LOUP.

(125) Paris 5 mai 1936, D.H. 1936.351. En l'espèce, les premiers juges (Trib. civ. Seine 21 juillet 1934, rapporté sous l'arrêt d'appel) avaient même relevé qu'il s'agissait d'un « homme de sport fervent, ... au surplus sujet britannique... ».

(126) Trib. corr. Seine 25 octobre 1955, Gaz. Pal. 1956.1.28.

Dans d'autres espèces, c'est l'usage habituel d'un moyen de transport qui est relevé comme concourant à rendre un comportement fautif.

Un arrêt, par exemple, a retenu l'imprudence d'un voyageur, qui avait fait une chute dans un wagon de chemin de fer, en énonçant : « que M... est titulaire d'une carte de circulation à demi-tarif sur les chemins de fer et accomplit chaque année de fréquents et nombreux voyages; qu'il devait savoir que les trains express et rapides subissent, dans les courbes, des mouvements de tangage... » (127).

Pareillement un autre arrêt, pour déclarer en faute un passager heurté par une hélice d'hélicoptère, relève que cet individu était « un habitué des transports aériens » (128).

49. — Ce genre de motifs à caractère personnel (on n'ose parler ici d'arguments *ad hominem*!) se réfère donc à des expériences très diverses. Et il faut observer qu'on ne les rencontre pas seulement dans des décisions concluant à l'existence d'une faute. Parfois, au contraire, les juges déniaient l'imprudence ou la négligence en observant qu'il n'est pas établi que le sujet considéré ait possédé les connaissances particulières qui lui auraient révélé la témérité de son attitude (129). Mais un tel raisonnement procède toujours de la même idée : au-dessus du standard minimum imposé par l'appréciation *in abstracto*, l'instruction ou l'expérience personnelle de l'agent fournit la mesure de ses devoirs.

50. — Dans les différents cas qui viennent d'être cités (130), les tribunaux envisageaient l'existence (ou l'absence) d'une expérience présentant un certain caractère de généralité. Même acquise dans un domaine spécialisé, en effet, cette expérience avait pour objet une certaine catégorie de choses, ou un certain type de situation, non la réalité concrète particulière en présence de laquelle l'agent s'était trouvé lorsqu'il avait causé le dommage. Mais, à plus forte raison, les juges prennent aussi en considération la connaissance qu'une personne peut avoir, par son expérience antérieure, des éléments mêmes de la situation où elle se trouve.

La connaissance antérieure des lieux, en particulier, est très souvent relevée, notamment en matière d'accidents de la circulation : d'où il suit qu'un « enfant du pays » n'est pas exactement jugé selon le même standard qu'un voyageur de passage...

(127) Lyon 5 décembre 1929, D.P. 1930.2.23, 3^e espèce. Dans ce cas particulier, à vrai dire, le motif en question apparaît plutôt naïf : même à cette époque, il n'était pas besoin d'être un grand voyageur pour savoir que les trains subissent parfois des secousses assez brusques!

(128) Paris 5 avril 1954, J.C.P. 1954.II.8389 et note de JUGLART.

(129) Trib. civ. Nice 18 mai 1960, D. 1962.591 et note LOMBOIS : « Attendu, au surplus, qu'il n'est pas établi que S... avait une connaissance certaine d'un danger qui, en lui-même, n'est pas à la connaissance de tout le monde... ».

(130) On peut encore en rapprocher le motif d'un arrêt, qui relève l'imprudence d'un individu « alors surtout que celui-ci est un homme avisé et instruit » (Montpellier 16 janvier 1951, D. 1951.283, Gaz. Pal. 1951.I.397).

Les motifs qui témoignent de cette tendance sont en effet très banals. On relèvera, à la charge d'un cycliste, qu'il « connaissait bien » un carrefour où le croisement est difficile (131). Est également en faute un automobiliste « qui connaissait parfaitement les lieux et ne pouvait ignorer les dangers que présentait le franchissement du passage à niveau » (132). On retiendra à la charge de deux conducteurs le fait que ceux-ci, « qui habitent tous les deux la région, connaissaient la configuration des lieux de l'accident et, en particulier, l'existence de la bifurcation qui n'est pas signalée par des panneaux » (133). A l'encontre d'un autre, un tribunal observe « que F..., demeurant à L... où il est serrurier, n'ignorait pas l'existence de la rue du Viaduc; que dans ces conditions, il devait ralentir son allure pour éventuellement s'arrêter » (134). Pour un piéton parisien, on relèvera, par exemple, « qu'il connaissait et savait particulièrement dangereux » le carrefour de la rue du Havre et du boulevard Haussmann... (135).

Sans vouloir multiplier les citations de ce genre, faciles à extraire des décisions des cours et tribunaux à propos d'accidents de la circulation, il importe plutôt de remarquer que la Cour de cassation, appelée à exercer son contrôle sur la faute, ne censure aucunement de telles motivations. Elle admet, par exemple, que les juges du fond, pour établir la faute d'un conducteur, relèvent que celui-ci était un « usager habituel » de la route sur laquelle il avait eu un accident (136). Ou bien, à propos d'un autre : « que L... avait reconnu devant les gendarmes, qu'étant du pays, il connaissait l'état de la route » (137). Ou encore : « que l'automobiliste... connaissait parfaitement les lieux » et avait commis une faute en n'actionnant pas son avertisseur « à un carrefour qu'il savait dangereux » (138). La Cour suprême reprend même de tels motifs à son compte, en s'exprimant au style direct : « Attendu que L... a déclaré connaître parfaitement la route, y conduisant habituellement son véhicule pour le ramassage du lait; qu'il en savait les difficultés et le danger... » (139).

Ce n'est pas seulement en matière de circulation, d'ailleurs, que les juges raisonnent de cette manière. Ainsi, pour déclarer en faute le propriétaire d'une automobile volée, un jugement constate qu'il s'était abstenu de prendre des précautions suffisantes bien qu'il

(131) Montpellier 15 mars 1938, D.H. 1938.409.

(132) Trib. civ. Arras 27 juillet 1938, D.H. 1938.572.

(133) Rouen 28 novembre 1956, D. 1957.62.

(134) Trib. corr. Alès 23 novembre 1956, J.C.P. 1957.II.9709, note R.M. (2^e espèce).

(135) Amiens 16 mars 1939, D.H. 1939.348 (en l'espèce, il est vrai, ce motif tend à établir la gravité de la faute plutôt que son existence même). Rapp. Paris 29 mars 1962 (J.C.P. 1962.II.12874 et note P.E.), qui, condamnant un piéton pour être sorti sans précautions d'un immeuble et avoir renversé une femme âgée, relève « qu'habitant le quartier, il n'ignorait pas qu'à ce moment des ménagères, dont beaucoup ne sont ni ingambes ni jeunes, vaguaient à leurs achats ».

(136) Civ. 2^e sect., 6 février 1957, Bull. civ. 1957, II, n° 117, p. 72.

(137) Civ. 2^e sect., 16 mai 1961, Bull. civ. 1961, II, n° 361, p. 262.

(138) Civ. 2^e sect., 15 juin 1961, Bull. civ. 1961, II, n° 458, p. 327. Voir encore : Civ. 2^e sect. 14 février 1963, D. 1963.344.

(139) Civ. 2^e sect., 20 octobre 1961, Bull. civ. 1961, II, n° 683, p. 476.

eût déjà été victime d'une soustraction semblable, au même endroit et dans les mêmes conditions, trois mois auparavant (140). De même, pour rendre responsable l'organisateur d'un « jeu de piste », lequel avait laissé des enfants jouer trop près d'un précipice, les juges relèvent que ce moniteur « connaissait bien les lieux, ayant déjà organisé un camp scout au même lieu » l'année précédente (141). Pareillement, on retiendra que la victime d'un accident d'ascenseur, habitant depuis dix mois dans l'immeuble, « avait une parfaite connaissance des lieux » (142). De la même façon le Conseil d'État, caractérisant la faute d'un individu victime d'une inondation, énonce que celui-ci « connaissant les lieux... était en mesure d'apprécier le risque qu'il courait en s'engageant dans la zone inondée » (143).

Or ce type de raisonnement implique bien une individualisation de la règle de prudence et de diligence. Certes la configuration des lieux est, en soi, une circonstance extérieure; mais la connaissance qui en a été acquise dans le passé est une donnée psychologique. On pourrait objecter, il est vrai, que cette donnée n'est pas individuelle, puisque tout autre homme ayant vécu le même passé aurait la même connaissance. Mais définir une situation, ce n'est pas remonter dans le passé : quand il s'agit d'aptitudes inférieures, on ne tient pas compte des circonstances externes antérieures qui expliquent que le sujet considéré ait agi peu judicieusement (par ex., le fait qu'il n'ait reçu aucune instruction). Il est évident que de telles considérations rétrospectives acheminent progressivement vers l'appréciation *in concreto*.

51. — Ainsi, le fait d'avoir égard à l'expérience antérieurement acquise, que celle-ci soit générale ou ait pour objet une réalité déterminée, constitue un tempérament au principe de la détermination abstraite des règles de conduite. Ce tempérament se comprend fort bien, il est vrai, car lorsqu'on a acquis une certaine connaissance, quelle qu'en soit l'origine, c'est assurément se conduire en homme peu avisé que de n'en pas tirer les enseignements salutaires. D'autre part, du point de vue de la sécurité d'autrui, il y a tout intérêt à ce que l'individu plus capable ou plus instruit que la moyenne agisse de façon spécialement adéquate, tandis qu'il serait dangereux que l'ignorant ou l'homme inintelligent puisse en tirer argument pour justifier un comportement nuisible. Aussi bien les données personnelles à répercussion psychologique ne sont-elles retenues que lorsqu'elles établissent que la personne envisagée avait *plus qu'une autre*, et non

(140) Trib. civ. Seine 14 novembre 1956, Gaz. Pal. 1957.1.18, D. 1957 somm. 59. En l'espèce, le jugement de condamnation a d'ailleurs été cassé (Civ. 2^e sect., 21 janvier 1959, D. 1959.208), mais à propos de la question, toute différente, du caractère direct ou indirect du lien de causalité entre la faute et le dommage.

(141) Trib. corr. Besançon 21 novembre 1958, Gaz. Pal. 1959.1.188.

(142) Paris 29 avril 1961, J.C.P. 1961.II.12331 *ter*.

(143) Cons d'État 15 mars 1957, *Compagnie Générale des Eaux*: Actual. jurid., Dr. admin. 1957, II, n° 161, 2^e espèce (cité par L. JACQUIGNON, note au D. 1957, jur., p. 537, col. 2). Voir également Cons. d'État 23 mai 1958, Gaz. Pal. 1958.2.355.

pas moins qu'une autre, la possibilité de prévoir ou d'éviter un dommage.

Mais est-ce à dire que les données psychologiques individuelles, et spécialement l'expérience personnelle, ne puissent être retenues que pour rendre *plus rigoureuse* la norme imposée à un sujet particulier? Ce serait une grave confusion que de traduire ainsi l'idée que l'on vient d'exprimer.

En effet les aptitudes particulières, si elles contribuent parfois à rendre fautive la conduite de celui chez qui elles existent, peuvent également avoir un effet diamétralement opposé, c'est-à-dire justifier l'individu spécialement apte d'avoir agi comme il l'a fait. Elles ne sont plus alors un facteur d'illicéité, mais, tout au contraire, un élément de licéité.

2°. — LES APTITUDES PARTICULIÈRES, ÉLÉMENT DE LICÉITÉ

52. — Il n'est pas très fréquent, sans doute, de voir les tribunaux retenir les capacités spéciales comme un élément de justification. Cela suppose, en effet, que l'on se trouve en présence d'une personne dont l'initiative s'est révélée dommageable mais qui, compte tenu de ses aptitudes particulières, était pourtant fondée à croire, *a priori*, que son action était opportune. A première vue, une telle éventualité paraît peut-être difficile à concevoir. Mais des exemples concrets, tirés de la jurisprudence récente, montrent cependant qu'il ne s'agit nullement là d'une hypothèse d'école.

Un yacht, par exemple, se trouve en difficulté; un passager ignorant tout de la navigation se conduira raisonnablement en ne prenant aucune initiative. Mais soit un passager qui est lui-même un yachtman, s'apprêtant à servir de coéquipier au propriétaire dans de prochaines régates : s'il étend le bras pour amortir le choc du navire contre un quai, les juges n'hésitent pas, alors, à justifier son intervention, comme « s'imposant à un coéquipier sportif ». Et la Cour de cassation, qui reproduit ce motif, approuve leur décision (144).

Plus typiquement encore, voici le cas d'un individu qui rencontre un porc divaguant sur une route. S'il est étranger aux choses de la campagne, il sera certes bien téméraire de vouloir faire rentrer l'animal au bercail. Mais si c'est un cultivateur, n'en va-t-il pas tout autrement? C'est ce qu'admet, avec bon sens, la Cour de cassation. Ayant relevé que « ce fermier avait l'habitude des animaux domestiques qui se mènent à la voix et au geste », les juges du fond ont pu en déduire à bon droit, selon la Cour suprême, qu'il « avait eu un comportement normal pour un cultivateur » (145). Ici encore, on le voit, une conduite qui eût été imprudente de la part d'un individu

(144) Civ. 2^e sect., 3 novembre 1961, D. 1962.70.

(145) Civ. 2^e sect., 10 novembre 1961, D. 1962.202.

quelconque, est au contraire jugée non-fautive, en raison des aptitudes particulières de l'agent.

53. — Certes il peut sembler paradoxal que les aptitudes supérieures soient retenues tantôt pour déclarer l'agent en faute, tantôt au contraire pour justifier son attitude. Au premier abord, on serait tenté de l'expliquer en distinguant dans l'activité humaine deux stades successifs : celui de l'entreprise et celui de l'exécution. Plus on est doué ou apte, plus on est fondé à entreprendre, mais moins on est justifié de mal exécuter. Toutefois cette explication, si elle recèle une part de vérité, ne suffit pas à rendre compte de toutes les solutions jurisprudentielles.

Il est exact, en effet, qu'au stade de l'exécution celui qui est spécialement capable doit agir de façon particulièrement opportune. Mais il n'est pas vrai de dire qu'au moment de l'entreprise, de l'initiative, les aptitudes supérieures peuvent seulement avoir un effet exclusif de faute : c'est le contraire qui a été admis, par exemple, dans l'affaire de la myxomatose ou dans celle de l'éleveur qui était allé palper un poulain dans son enclos (146). A ce moment initial, il faut en réalité distinguer selon que le succès de l'entreprise peut être attendu d'une exécution habile, où qu'au contraire l'activité considérée ne peut guère aboutir qu'à une issue fâcheuse. Dans le premier cas, l'aptitude particulière rend l'action raisonnable; dans le second, elle ne peut que contribuer à la rendre fautive.

En tout cas, qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre effet, les tribunaux ne paraissent aucunement imaginer qu'une raison juridique quelconque leur interdise de tenir compte des aptitudes supérieures, lorsque celles-ci sont connues avec certitude et présentent une relation logique avec la conduite à apprécier. Il leur semble tout naturel que le contenu des devoirs de prudence et de diligence soit infléchi, le cas échéant, en fonction des facultés particulières qui permettent à un sujet de se comporter plus utilement qu'une personne quelconque.

54. — *Conclusion de la section I.* — Dans ces conditions, et compte tenu également des observations formulées dans le paragraphe précédent, il faut nuancer à un double point de vue la proposition aux termes de laquelle la prudence et la diligence dues se déterminent en principe *in abstracto*.

D'une part, en effet, les juges ont égard aux infériorités individuelles lorsque celles-ci (tel est le cas des inaptitudes corporelles, parfois) sont de nature à affecter la conduite d'un homme avisé. Et d'autre part, même dans l'ordre psychologique, ils se réservent la possibilité de prendre en considération les aptitudes supérieures à la moyenne. En revanche, il demeure incontestable que les tribunaux font abstraction des dispositions psychologiques qui diminuent le sens social ou altèrent la sûreté du jugement chez un sujet particulier.

(146) Voir *supra*, n° 47.

Il faut d'ailleurs bien comprendre que les deux correctifs ci-dessus évoqués constituent *non pas des dérogations* à une règle générale d'appréciation abstraite, *mais des applications du même principe* qui interdit de considérer les infériorités psychologiques, c'est-à-dire du principe selon lequel on se réfère à l'homme droit et avisé.

Celui-ci, en effet, peut présenter des déficiences physiques qui l'empêcheront d'agir aussi utilement qu'un homme normal. Il est évident, en outre, qu'il met en œuvre, dans les rapports sociaux, les aptitudes particulières qu'il possède. Au contraire sa conduite n'est pas affectée par des infériorités d'ordre psychologique qui lui seraient propres, car alors il cesserait de se conduire en homme raisonnable, ce qui est contraire à l'hypothèse (se demander comment agirait un sot avisé, cela n'a évidemment aucun sens). En définitive, les circonstances *aussi bien internes qu'externes* peuvent être retenues pour situer ce type de référence, mais à la condition qu'elles ne contredisent pas son essence même.

55. — Cela dit, il est permis d'affirmer que l'*appréciation de la faute quasi-délictuelle* (dont on ne doit pas séparer la négligence ou l'imprudence de la victime) *s'opère in abstracto*, puisque l'on raisonne par comparaison avec le type général de l'homme droit et avisé placé dans les mêmes circonstances que le sujet en cause. Cette conclusion, communément admise, ne surprendra guère. Tout au plus certains seront-ils enclins à observer, peut-être, qu'un tel mode d'appréciation contraste avec celui de la faute délictuelle intentionnelle, qui est toujours appréhendée en scrutant la psychologie de l'agent. Mais ce contraste n'est-il pas plus apparent que réel? Pour en décider, il faut examiner maintenant la manière dont est appréciée la faute délictuelle, entendue *stricto sensu*.

Section II

L'APPRÉCIATION DE LA FAUTE DÉLICTEUELLE

56. — En tant qu'elle intéresse la détermination du licite et de l'illicite, la faute délictuelle, entendue *stricto sensu*, se caractérise par la *volonté de nuire*. On sait en effet que cette volonté est de nature à rendre fautifs même des actes qui, considérés dans leur matérialité, pourraient être légitimes.

Il n'y a pas lieu d'envisager ici, en revanche, la faute intentionnelle définie par la simple *connaissance*, existant chez l'agent, du tort qu'il cause à autrui. Ce second type de faute intentionnelle constitue seulement, en effet, un degré dans l'échelle de gravité des fautes. Elle présuppose que l'acte accompli (par exemple un recel successoral), considéré dans sa matérialité, porte une atteinte injuste au

droit d'autrui. Si le même acte est accompli par une personne qui en a ignoré la portée réelle, mais qui aurait dû raisonnablement la connaître, il y a donc également faute, encore que de gravité moindre et pouvant par suite être sanctionnée différemment. L'existence ou l'absence d'une telle faute ne correspond donc nullement à la ligne de partage entre le licite et l'illicite. Ce n'est pas le contenu des devoirs qui est alors en jeu, mais seulement la gravité des manquements.

Une seule question doit donc retenir ici notre attention : apprécie-t-on *in abstracto* ou *in concreto* la faute délictuelle caractérisée par la volonté de nuire (147) ?

57. — Au premier abord, on est facilement enclin à admettre qu'une telle faute s'apprécie *in concreto* (148). En effet, pour savoir si l'auteur d'un acte dommageable a agi avec la volonté de nuire, le juge doit nécessairement procéder à un examen de la psychologie individuelle, faire porter son investigation sur l'état d'âme du sujet en cause.

Mais est-ce à dire que l'on puisse parler ici d'appréciation *in concreto*, dans le sens où l'on emploie cette expression à propos d'autres fautes ? Une telle terminologie paraît défectueuse, ou à tout le moins ambiguë.

Pour apprécier si une faute a été commise, en effet, il est toujours nécessaire de rapprocher deux éléments : d'une part une norme (devoir ou obligation) s'imposant à l'agent, et d'autre part l'attitude de ce dernier, conforme ou non à la règle qui s'imposait à lui. Or il va de soi que l'attitude de l'agent — qu'elle soit une attitude physique ou mentale, c'est-à-dire un comportement extérieur ou une volonté — ne peut nécessairement être saisie que dans la réalité concrète. Ce qui distingue l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* de l'illicite, ce ne saurait donc être, en réalité, le caractère plus ou moins abstrait ou concret de l'attitude qu'il s'agit de qualifier (cette attitude, qu'elle soit physique ou mentale, est évidemment toujours un fait concret). La seule distinction rationnelle tient à la détermination concrète ou abstraite de la norme à laquelle cette attitude est confrontée. Or une norme visant l'attitude mentale (par ex. : il est répréhensible de vouloir faire du mal à autrui) n'est pas moins

(147) Bien entendu il arrive que le juge démontre la faute en constatant l'intention de nuire, dans des cas où le même comportement, procédant de la négligence, serait également fautif. Nous n'excluons nullement de notre examen ces cas, où il y a en réalité violation cumulative de deux normes (celle qui interdit de nuire volontairement, et celle qui interdit d'avoir un comportement matériel différent de celui de l'homme raisonnable).

(148) Voir notamment : STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris 1947, p. 83-84 : « L'intention de nuire existe ou n'existe pas, chez le défendeur et chez nul autre... En ce cas parler d'une appréciation *in abstracto* de la faute ne se comprendrait et ne se justifierait pas ». MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 415 (« notion purement subjective ») et n° 676 (« le dol, comme la faute délictuelle, ne peut s'apprécier qu'*in concreto* »).

abstraite ni générale, en soi, que n'importe quelle règle s'appliquant au comportement extérieur.

Il ne faut donc pas identifier, de façon automatique, appréciation *in concreto* et investigation psychologique. On apprécierait l'illicite *in concreto* si l'on examinait la psychologie de l'agent pour déterminer le contenu de ses devoirs; mais il n'en va pas de même lorsque, le contenu de la règle juridique étant connu, on sonde la psychologie individuelle pour savoir si cette règle a été enfreinte. L'appréciation de la faute, en effet, ne consiste pas à rechercher l'attitude de l'agent, mais à juger cette attitude. L'appréciation de la faute intentionnelle ne consiste donc pas à déterminer si une faute est ou non intentionnelle, mais si un comportement intentionnellement dommageable est ou non fautif (ou alors on change le sens du mot appréciation quand on passe d'un type de faute à un autre, ce qui ne paraît pas de bonne méthode). Par conséquent, si l'illicéité de l'intention de nuire est affirmée d'une façon générale et abstraite, il ne faut pas parler d'une appréciation *in concreto* de la faute intentionnelle pour la seule raison que celle-ci est appréhendée dans la psychologie individuelle (149).

58. — Mais est-il exact que le devoir de ne pas nuire volontairement se détermine de façon impersonnelle et abstraite? C'est ce qu'il convient de vérifier, pour savoir comment s'apprécie la faute délictuelle entendue au sens strict.

Pour que l'on puisse parler ici d'appréciation *in concreto*, il faudrait que des données subjectives soient de nature à rendre licite l'intention de nuire. Si au contraire la licéité ou l'illicéité de cette intention peut être déterminée, dans les cas douteux, par référence à l'attitude d'un « bon père de famille », ou d'un homme droit et avisé, on peut légitimement parler d'appréciation *in abstracto*. Enfin, s'il est toujours illicite de causer intentionnellement un dommage, on se trouve en présence d'une règle précise et déterminée, abstraite sans aucun doute, mais qui dispense de toute véritable appréciation.

A première vue, on serait enclin à penser que c'est cette dernière branche de l'alternative qui correspond à la vérité, car il paraît impos-

(149) Mais alors, objectera-t-on, n'est-ce pas nier toute appréciation *in concreto* possible? En matière de faute non-intentionnelle, n'admet-on pas que l'appréciation devient concrète si le devoir de prudence ou de diligence passe du plan externe au plan psychologique? Pourquoi, ici, en serait-il différemment?

Cela s'explique, en réalité, par le fait que la volonté n'est pas du tout une « circonstance » psychologique du même ordre que celles qui, dans un système d'appréciation *in concreto*, seraient de nature à faire disparaître la faute (inaptitude, faiblesse, ignorance, déterminismes psychologiques de tous ordres). La volonté, elle, ne peut en aucune façon être assimilée à une circonstance, à un donné; elle est, au même titre que le comportement matériel, l'attitude même du sujet, sa réaction devant la situation où il se trouve. Si donc il y a individualisation de la norme juridique dans le fait d'apprécier l'illicite en tenant compte des facultés de l'agent, de ses connaissances ou de ses ignorances, de ses impulsions, etc., en revanche il n'y a aucune individualisation dans le fait de juger quelqu'un en faute parce qu'il a nu intentionnellement, avec la volonté de causer un dommage. Ce faisant, on se borne à appliquer une règle générale.

sible de ne pas tenir la malignité pour intrinsèquement répréhensible (150). Mais c'est tomber dans une pétition de principe que de raisonner ainsi, car parler de méchanceté ou de malignité, c'est déjà présupposer que l'on se trouve dans le cas où l'intention de nuire est moralement blâmable. Or toute la question est de savoir quand il en est ainsi et quand il en va autrement.

Dans la plupart des cas, bien sûr, c'est chose répréhensible que de vouloir causer un dommage à autrui. Mais cependant chacun s'accorde à reconnaître que certaines attitudes intentionnellement dommageables n'en sont pas moins licites.

Il en est ainsi chaque fois que l'agent, qui a voulu causer un dommage, peut se prévaloir d'un fait justificatif. Par exemple, le soldat qui tire sur un ennemi est justifié par l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime; la personne qui tue ou blesse volontairement un agresseur est souvent fondée à invoquer les nécessités de la légitime défense; sont également justifiés ceux qui dénoncent des criminels ou des délinquants, alors même qu'ils seraient inspirés par le seul désir de nuire (151)... Or dans de telles hypothèses la volonté de causer un dommage est certaine, quand bien même le mobile ne serait pas critiquable. Il arrive donc que l'intention de nuire ne soit pas constitutive d'une faute : c'est affaire de circonstances, et dans bien des cas il y a lieu à appréciation.

Mais cette appréciation va-t-elle se faire *in abstracto* ou *in concreto*?

59. — Avant de répondre à cette question, il faut préciser les conditions dans lesquelles, à propos d'un fait justificatif réel ou prétendu, peut se poser le problème de l'appréciation de la faute intentionnelle.

Il importe, en effet, d'écarter de la discussion tous les cas où l'agent, qui a voulu causer un dommage, s'est cru justifié, par suite d'une erreur de fait. Dans ces hypothèses, s'il y a faute, ce ne peut être qu'une faute non-intentionnelle (si un soldat tue un compatriote en le prenant pour un ennemi, sa faute est de même nature que celle du chasseur qui tue un homme en croyant tirer un gibier). En revanche, lorsque celui qui a causé volontairement un dommage s'est cru justifié en raison d'une erreur de droit, il n'est pas douteux que, s'il a commis une faute, celle-ci doit être considérée comme intentionnelle.

Soit, par exemple, le cas du soldat qui tue un prisonnier, en croyant que les lois de la guerre l'y autorisent. Soit encore le cas des membres de la Résistance qui, au lendemain de la Libération, se sont

(150) Cf. SAVATIER, Responsabilité civile, 2^e éd., t. I, n^o 34 : « L'acte de méchanceté, caractérisé par l'intention de nuire, est une faute en soi ». MAZEAUD et TUNC, t. I, n^o 397 : « La question de la responsabilité (n'est) pas douteuse dans tous les cas où il y a faute délictuelle ».

(151) Civ. 15 février 1882, D. 1882.I.153. Cf. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n^o 500. Rapp. : Nancy 25 novembre 1948, J.C.P. 1949.IV.124 (dénonciation de prétendus « collaborateurs »).

crus en droit de punir eux-mêmes des « collaborateurs » tombés entre leurs mains, et notamment de tondre des femmes accusées de relations avec les occupants; même en écartant le cas d'erreur de fait, le problème s'est posé de savoir si un tel comportement était licite : or il est certain que si une faute devait être retenue en l'occurrence, cette faute présenterait le caractère d'une faute intentionnelle.

60. — Mais de telles attitudes sont-elles réellement fautives ? C'est ici que se pose, relativement à la faute intentionnelle, le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. Si l'on apprécie le fait justificatif invoqué selon un critère purement individuel et subjectif, l'agent doit être considéré comme n'étant pas en faute dès lors que, de bonne foi, il s'est cru autorisé à causer le dommage. *In abstracto*, au contraire, le fait justificatif ne saurait dépendre de l'opinion personnelle de l'agent. On recherchera comment un homme raisonnable eût tranché le conflit de devoirs (ou le conflit entre un droit et un devoir), dans la situation où se trouvait l'individu considéré.

Pour résoudre ce problème, les défenseurs de l'appréciation *in abstracto* de la faute non-intentionnelle sont très naturellement portés à préconiser le même mode d'appréciation en ce qui concerne les faits justificatifs, bien que ceux-ci soient très souvent invoqués par des défenseurs à qui l'on reproche une faute intentionnelle.

Après avoir montré que la plupart des faits justificatifs s'expliquent par l'existence de conflits de devoirs, MM. Mazeaud et Tunc ajoutent : « Le problème consiste à comparer deux devoirs envisagés en eux-mêmes. La conduite de l'agent doit donc toujours être appréciée *in abstracto*. Une erreur d'appréciation de sa part dans l'importance des devoirs en présence ou, éventuellement, dans l'étendue de ses droits ne supprime donc pas la faute » (152).

De même, en raisonnant sur le cas de Résistants qui avaient tondu des « collaboratrices » après la Libération, M. le Doyen Voirin (153) pose le problème de la faute dans les termes suivants : « L'auteur de la violence exercée a-t-il commis une erreur de conduite dont se serait gardé le *paterfamilias bonus* des anciens Romains, type éternel de comparaison, en fonction duquel la faute doit être appréciée?... Qu'aurait fait le bon père de famille, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu ? Voilà la véritable question... Le bon père de famille à considérer, c'est l'homme de la Résistance prudent et avisé, vivant les heures mémorables de la Libération... » (154).

(152) Responsabilité civile, t. I, n° 488.

(153) Note sous Trib. civ. Epinal 2 mai 1946, D. 1947.321.

(154) On ne saurait qu'approuver la façon dont le problème est posé. En revanche on hésite davantage à suivre l'éminent auteur, lorsqu'il estime que les violences en question pouvaient être le fait d'un Résistant prudent et avisé. Voir pourtant, dans un sens analogue : Nancy 25 novembre 1948, J.C.P. 1949.IV.124.

61. — De telles analyses doctrinales n'hésitent donc pas à prôner ouvertement l'appréciation *in abstracto*, même dans des cas où il s'agit d'apprécier l'existence ou la non-existence d'une faute intentionnelle. Mais peut-on considérer cette position comme conforme à l'état de notre droit positif? Il ne paraît pas déraisonnable de l'admettre.

Les tribunaux, à vrai dire, ne se prononcent jamais explicitement — et cela se comprend fort bien — sur le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* de la faute civile intentionnelle.

Dans la plupart des cas, en effet, aucun fait justificatif ne pouvant être sérieusement invoqué, le juge se borne à constater l'intention dolosive, et en déduit d'emblée l'existence d'une faute. Il s'inspire alors de la règle de principe, selon laquelle il est répréhensible de vouloir nuire à autrui. Mais il n'a aucune raison d'insister sur le caractère de généralité de cette règle, sur l'idée qu'elle est indépendante de la personnalité de l'agent.

D'autre part, lorsqu'il est fait état d'une cause de justification, et que la question se pose de savoir si celle-ci peut être retenue à bon droit, il ne viendra guère à l'esprit du défendeur de se retrancher uniquement derrière sa croyance subjective en l'existence de ce fait justificatif. En laissant de côté le cas d'erreur de fait — qui intéresse seulement, on l'a vu, la faute quasi-délictuelle —, on n'imaginerait pas aisément que l'auteur d'un dommage voulu vienne présenter sa défense en disant : « Assurément je n'aurais pas agi ainsi si j'avais eu une conscience exacte de mes devoirs et de mes droits; cependant je ne suis pas en faute, car j'ai cru que j'étais autorisé à causer ce dommage ». Tout au contraire, il va persister à soutenir qu'il a obéi à un devoir réel ou qu'il a agi, objectivement, dans le cadre de ses droits. Dès lors le juge n'aura pas besoin de réfuter expressément la thèse — assurément peu soutenable — d'une justification subjective de l'attitude dolosive.

Mais que cette thèse soit implicitement condamnée, cela ne fait guère de doute. Toutes les fois que les tribunaux se réfèrent, en la matière, à des règles générales et en quelque sorte objectives, ils répudient indirectement l'appréciation *in concreto*.

Dire, par exemple, que la légitime défense doit être mesurée à la gravité de l'attaque, ou que l'ordre de l'autorité doit émaner d'un pouvoir régulier (155), c'est évidemment impliquer que l'agent ne saurait contester utilement sa faute en prétendant avoir ignoré les règles d'une défense légitime ou avoir tenu pour légale une autorité qui ne l'était certainement pas.

(155) Il va de soi qu'une dénonciation faite aux autorités d'occupation, en 1940, constituait une faute (Civ. 2^e sect. 13 juillet 1961, Bull. civ. 1961, II, n^o 581, p. 408). Cependant les auteurs de tels faits étaient parfois des fanatiques sincères.

Voir aussi Trib. civ. Bourg 30 avril 1946 (Gaz. Pal. 1946, 2, 180, sous-note), qui relève la faute d'un milicien dénonciateur, en précisant : « Il importe peu que S... se soit conformé aux ordres de ses supérieurs dans le cadre de l'association dont il était membre ».

S'il est des gens qui se croyaient couverts par les faits justificatifs de légitime défense et de commandement de l'autorité, et qui par conséquent avaient la conviction d'agir de façon licite, c'étaient assurément ces victimes d'appels téléphoniques injurieux, qui — dans une affaire bien connue — avaient, à la demande d'un commissaire de police, laissé brancher un appareil enregistreur sur leur téléphone, afin de confondre leur persécutrice. Déduire, d'une analyse objective des règles de la procédure pénale, que les gens en question « n'ont pu se méprendre sur le caractère déloyal du service prêté », c'est assurément apprécier la déloyauté d'une façon purement abstraite. Or c'est ce que n'a pas hésité à faire la Cour de cassation (156).

Soit encore l'épisode des femmes tondues — ou menacées de l'être — lors de la Libération (on regrette de revenir sur cette évocation, mais ce sont surtout les périodes troublées qui incitent des hommes de bonne foi à nuire volontairement). Lorsqu'une cour d'appel (157) a estimé que les membres des F.F.I. avaient agi en l'occurrence de façon illicite, elle n'en a pas moins relevé que « dans l'esprit des jeunes résistants la tonsure infligée à certaines collaboratrices n'était qu'un acte de répression nécessaire ». De l'aveu même des juges qui les estimaient coupables, les auteurs de tels dommages avaient donc la sincère conviction d'agir à bon droit. Cependant cette conviction ne pouvait, à elle seule, suffire à les justifier.

Il paraît superflu de multiplier les exemples : il n'est pas sérieusement contestable, en effet, que le fait de nuire volontairement à autrui ne peut être rendu licite que par un fait justificatif réel, et non imaginaire. Il est évident que lorsque quelqu'un a causé intentionnellement un dommage, en percevant clairement les circonstances et les conséquences de son acte, aucun juge ne songerait à déclarer son attitude licite au motif que, subjectivement, il a cru bien faire. Sinon on arriverait à ce résultat paradoxal, que les plus tragiques erreurs, dans le domaine moral, supprimeraient la faute civile, alors qu'en cas de dommage involontairement causé les plus légères négligences engagent la responsabilité... Nul tribunal, assurément, ne poserait en principe que le fanatisme aveugle, dès lors qu'il est sincère, constitue une cause de justification (158).

On ne peut guère citer, il est vrai, de décisions judiciaires qui, à la manière des auteurs, apprécient la faute intentionnelle en se référant au type abstrait du bon père de famille, ou de l'homme

(156) Civ. 2^e sect. 18 mars 1955, Gaz. Pal. 1955.1.249, J.C.P. 1955.II.8909 et note ESMEIN, D. 1955.573 et note SAVATIER. Sans critiquer aucunement le principe de l'appréciation *in abstracto* de la faute, il est permis d'en juger la mise en œuvre singulièrement rigoureuse en l'espèce; le Doyen SAVATIER observe ironiquement que les défenseurs « n'étaient, sans doute, nullement des juristes au courant de la jurisprudence de la Chambre criminelle... ».

(157) Dijon, 25 juillet 1946, Gaz. Pal. 1946.2.206.

(158) Pour le caractère fautif d'un acte dolosif inspiré par le fanatisme religieux, voir : Trib. civ. Lyon 5 avril 1895, D.P. 1895.2.384 (condamnation d'un journaliste qui arguait de l'« ardeur de ses convictions religieuses » pour justifier une campagne de presse dirigée contre un franc-maçon).

honnête et avisé. Lorsqu'il peut exister un doute sur la licéité d'une attitude volontairement dommageable — c'est-à-dire dans les cas où il y a discussion sur un fait justificatif —, le juge se contentera d'observer, de façon objective et impersonnelle, que tel devoir prime tel autre, ou que l'exercice de tel droit est plus ou moins important que l'observation de tel devoir. Mais il est clair qu'en raisonnant ainsi il ne fait pas autre chose que définir l'attitude qu'aurait eue, dans les circonstances de la cause, une personne raisonnable et honnête.

62. — Il apparaît donc, en définitive, que l'affirmation de l'existence ou de l'inexistence d'une faute intentionnelle ne peut pas reposer sur la seule application d'une règle précise et déterminée, selon laquelle il serait toujours illicite de nuire volontairement, mais que pas davantage elle ne peut dépendre d'une règle morale se déterminant subjectivement, en fonction de la croyance ou de la conviction du sujet considéré. En réalité, celui qui a causé volontairement un dommage est en faute, ou ne l'est pas, selon qu'il s'est écarté ou non de l'attitude qu'aurait pu avoir, dans la même situation, un homme droit et avisé. En ce sens, il est exact de dire que *la faute délictuelle intentionnelle s'apprécie in abstracto*, par référence au même type de comparaison que la faute quasi-délictuelle (159).

Mais ce mode de raisonnement — *in abstracto* — prévaut-il également lorsqu'il s'agit d'apprécier la faute contractuelle, violation d'obligations issues de volontés individuelles particulières? C'est la question qu'il convient d'examiner dans la section suivante.

Section III

L'APPRÉCIATION DE LA FAUTE CONTRACTUELLE

63. — En raisonnant sur le terrain de l'illicite, rechercher comment s'apprécie la faute contractuelle c'est se demander si le contenu des obligations nées du contrat se détermine *in abstracto* ou *in concreto*.

En ce domaine, bien entendu, les obligations procèdent, en principe, de volontés particulières. Elles peuvent donc refléter toute la diversité des préoccupations humaines, et il n'appartient pas au juge — réserve faite des règles légales impératives et de l'ordre public — de subsister à la volonté concrète des parties, lorsque, celle-ci est

(159) Il n'en est pas moins vrai que la faute intentionnelle, du fait qu'elle suppose une attitude psychologique et non pas seulement un comportement matériel, présente un trait commun avec une faute appréciée *in concreto* : son incrimination ne suffit pas à rendre illicites des actes qui, socialement, sont pourtant tout à fait nuisibles. Mais il n'en résulte aucun inconvénient puisque, à côté du délit civil proprement dit, le simple quasi-délit engage également la responsabilité.

concordante et certaine, une volonté théorique et abstraite. Mais il est banal d'observer que l'exécution normale des conventions se heurte, très souvent, à des difficultés que les contractants n'avaient pas prévues avec précision et sur les conséquences desquelles, par conséquent, aucun accord réel de volontés n'avait pu s'établir entre eux. En ce cas, le rôle des règles légales supplétives, et celui du juge lui-même, vont être prépondérants; le contenu de l'obligation va se déduire de la nature du contrat, compte tenu des circonstances de fait.

Mais parmi ces circonstances, devra-t-on tenir compte des particularités propres au débiteur, de ce que certains sont moins soigneux, moins intelligents ou moins habiles que d'autres? C'est sous cette forme qu'apparaît le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* de la faute contractuelle. Ce problème se pose de façon évidente à propos des obligations dites « de moyens », dans la mesure où les moyens d'un débiteur ne sont pas forcément les mêmes que ceux d'un autre. Il se pose également, d'ailleurs, relativement aux obligations « de résultat », si l'on admet que celles-ci n'obligent, en dernière analyse, qu'à une certaine diligence; alors, toutefois, on rencontre la question particulière de l'appréciation de la force majeure, sur laquelle on reviendra plus spécialement dans la section suivante.

64. — Des remarques très générales qui précèdent, il résulte déjà que le problème du mode d'appréciation de la faute ne peut pas être résolu, dans le domaine contractuel, de façon aussi absolue que dans le domaine délictuel. Ici les parties, libres en principe de fixer le contenu de leurs obligations réciproques, peuvent déterminer à leur gré la diligence due (à moins que la matière particulière du contrat ne conduise à considérer comme d'ordre public l'exigence d'un certain degré de soin et d'habileté). Au surplus, il n'est même pas nécessaire que cette stipulation soit expresse : s'il est constant que le créancier a connu telle inaptitude du débiteur, et n'a attendu de ce dernier qu'une exécution conforme à ses capacités limitées, il n'y a aucune raison d'étendre au delà le contenu de l'obligation (160). Cependant cette possibilité d'appréciation *in concreto*, fondée sur la volonté expresse ou implicite des parties, demeure assez théorique, car il est peu banal de choisir pour cocontractant quelqu'un que l'on sait

(160) Effectivement on trouve parfois exprimée dans certains arrêts cette idée que le créancier, connaissant le débiteur, ne pouvait en attendre plus que ne promettaient ses capacités. Ainsi une décision ancienne, pour dénier la faute d'un mandataire chargé d'une opération commerciale, observe que le mandant « doit s'imputer d'avoir confié ses intérêts à un représentant complètement étranger aux habitudes commerciales » (Alger 12 décembre 1862, sous Req. 19 juillet 1864, D.P. 1864.1.481, S. 1865.1.176). Rapp. Liège 30 juillet 1890, cité *infra* n° 72 (mais ce dernier arrêt, relatif à la responsabilité médicale, se heurte à une objection fondamentale, car la protection de la vie et de la santé humaine ne saurait être diminuée conventionnellement).

particulièrement inapte ou malhabile (161). Il en résulte que, en dépit de leur caractère normalement supplétif, les règles légales relatives au mode d'appréciation, interprétées en tant que de besoin par la jurisprudence, constituent la source essentielle en la matière.

65. — Nous parlons ici de règles légales. Dans le domaine contractuel, en effet, la loi elle-même fournit un principe de solution, quitte à y déroger exceptionnellement. Disons tout de suite que le principe est celui de l'appréciation *in abstracto*, l'appréciation *in concreto* ne constituant qu'une solution particulière exorbitante du droit commun (art. 1927 C. civ., relatif au contrat de dépôt).

§ 1. — LE PRINCIPE : APPRÉCIATION *IN ABSTRACTO*

66. — Le principe de l'appréciation *in abstracto* est impliqué dans les termes de l'article 1137 du Code civil, disposition à laquelle la jurisprudence reconnaît une portée générale quant à la diligence due en matière contractuelle (162).

Ce texte — qui, à la lettre, vise plus spécialement l'obligation de veiller à la conservation d'une chose — requiert du débiteur, on le sait, « tous les soins d'un bon père de famille ». Et diverses dispositions particulières font application de cette règle de principe : ainsi, dans le cas du louage, le preneur doit « user de la chose louée en bon père de famille » (art. 1728); notamment le fermier s'expose à voir résilier son bail « s'il ne cultive pas en bon père de famille » (art. 1766); le preneur, s'il y a bail à cheptel simple, « doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel » (art. 1806). De même l'emprunteur, dans le contrat de prêt à usage, est tenu « de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée » (art. 1880). A ces textes, il faudrait d'ailleurs ajouter ceux qui renvoient plus ou moins explicitement à l'article 1137 (cf. art. 1624 à propos du vendeur, art. 2080 pour le créancier gagiste, etc.).

Or on a vu que ce recours au type général du bon père de famille constitue la mise en œuvre traditionnelle de la règle d'appréciation *in abstracto* en matière d'obligations contractuelles (163). On sait que c'est le vieux critère romain du *bonus* (ou *diligens*) *paterfamilias* (164), transmis aux rédacteurs du Code civil, en dernier lieu, par

(161) Cf. Douai 19 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931.2.775, sous-note *a* : « Attendu que le Docteur D... arguerait en vain de la connaissance que les époux V... avaient de son infirmité...; que les malades n'ont aucun moyen d'apprécier dans quelle mesure l'aptitude physique de leur médecin peut se trouver diminuée et que la confiance qu'ils lui témoignent implique seulement de leur part la conviction qu'il n'exercerait pas sa profession s'il ne s'en sentait pas pleinement capable... ».

(162) Civ. 11 janvier 1922, D.P. 1922.1.16, S. 1924.1.105 et note DEMOGUE. Voir *infra* n° 70.

(163) Voir *supra* n° 5.

(164) Sur l'origine du recours à la notion de bon père de famille, v. RANJARD, La responsabilité civile dans DOMAT, thèse Paris 1943, notamment p. 28. Primitivement ce critère a été élaboré relativement aux obligations du vendeur.

Pothier (165). Mais le Code a donné à ce critère un champ d'application plus étendu que celui qui lui était reconnu dans l'ancien droit. Il a en effet (sauf exception : cf. art. 1927) répudié le système selon lequel le débiteur n'était tenu de sa *culpa levis in abstracto* que dans le cas des contrats conclus dans l'intérêt commun des deux parties (166). Tout au contraire, l'article 1137 impose la référence au type abstrait du bon père de famille, « soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune ».

67. — Aussi bien tous les auteurs modernes s'accordent-ils sur l'idée que l'appréciation *in abstracto* constitue la règle de principe en matière contractuelle. Déjà, s'efforçant de traduire la notion de bon père de famille, les premiers commentateurs soulignaient que le comportement du débiteur doit être comparé à celui d'« un individu aussi diligent que les hommes le sont ordinairement » (167), à celui de « l'homme soigneux et vigilant » (168). On retrouve des expressions comparables sous la plume des auteurs contemporains, qui voient le bon père de famille comme « le type normal du débiteur diligent » (169), un « homme normalement prudent et diligent » (170), déployant une « diligence ordinaire » (171), « normale » ou « moyenne » (172).

68. — De telles formules, il est vrai, — comme celle même de l'article 1137 Code civil — pourraient à la rigueur se concilier avec une appréciation relativement concrète, dans la mesure où elles font moins allusion aux capacités du débiteur qu'au soin, à la diligence qu'il doit déployer. Or le soin, et même en un certain sens la diligence, peuvent être conçus comme des attitudes psychologiques, correspondant à une certaine tension d'esprit et de volonté. Il ne serait donc pas inconcevable, théoriquement, que l'on se réfère au type du bon père de famille pour déterminer l'intensité de l'effort que doit déployer le débiteur, dans des circonstances données, mais non pas pour apprécier directement si son *comportement* est satisfaisant. Dans une telle conception, le débiteur ne pourrait, certes, arguer de son indolence naturelle, ni du manque de soin dont il ferait montre habituellement dans la conduite de ses propres affaires; mais il se trouverait justifié s'il était établi qu'il s'est donné autant de peine que l'eût

(165) Traité du louage, n° 190; traité du dépôt, n° 26.

(166) Cf. POTHIER, Traité des Obligations, Appendice, éd. Bugnet, t. II, p. 497 et s.

(167) TROPLONG, De la vente, t. I, n° 371.

(168) LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations, nouv. éd., 1885, sur l'art. 1137, n° 4, p. 420.

(169) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Traité de droit civil de Colin et Capitant, t. II, n° 832.

(170) H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, 2^e éd., t. II, n° 588.

(171) BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LAGARDE, Cours de droit civil français, t. VIII, n° 396.

(172) PLANIOL, RIPERT et RADOUANT, Traité pratique de droit civil français, t. VII, 2^e éd., n° 834.

fait un bon père de famille, encore que sa bêtise ou son impéritie l'aient empêché d'agir aussi opportunément qu'un homme avisé et adroit déployant un soin égal. En d'autres termes le mot « bon », dans l'expression « bon père de famille », signifierait simplement : honnête et consciencieux ».

Ce système serait exactement celui que Le Brun, au XVIII^e siècle, défendait déjà, dans son « Essai sur la prestation des fautes » (173). Pour cet auteur, en effet, le débiteur tenu de la diligence d'un bon père de famille satisfaisait suffisamment à son obligation, dès lors qu'il y employait « toute sa prudence » et « toutes ses lumières ». Il illustre même cette idée par une formule imagée et pittoresque, que rappelait naguère M. Tunc (174) : « Notre capacité est notre boussole »... C'était défendre — on le voit —, sous le couvert du critère du bon père de famille, une forme typique d'appréciation *in concreto* (à ne pas confondre, bien entendu, avec celle qui, de façon plus indulgente encore, se réfère au comportement du débiteur dans la conduite de ses propres affaires).

Mais en réalité ce n'est pas ainsi que doit s'entendre la référence au bon père de famille. Même en négligeant la difficulté de preuve que soulève l'allégation d'inaptitudes subjectives — difficulté que Pothier opposait déjà à la thèse de Le Brun —, il faut surtout prendre garde à l'insécurité qu'introduirait une telle conception dans les rapports juridiques. Aussi bien les tribunaux, lorsqu'ils utilisent le critère du bon père de famille, n'hésitent-ils pas à préciser qu'ils raisonnent « *in abstracto* » (175), que ce bon père de famille est un type abstrait (176), un homme « avisé » (177), déployant une prudence « normale » (178). Ce n'est donc pas seulement le soin subjectif d'un homme consciencieux qui est requis, mais également le *comportement d'un homme raisonnable*. « La faute — comme l'a écrit M. Esmein (179) — consiste à n'avoir pas, dans une circonstance donnée, *agi* comme un bon père de famille tenu des mêmes engagements que le débiteur ». Il faut, comme le disent également MM. Mazeaud et Tunc (180), « comparer la conduite du débiteur à celle d'un type »; (c'est nous qui soulignons, pour insister sur le fait qu'il s'agit de savoir comment se serait comporté *effectivement* un bon père de famille, et non pas seulement de déterminer le degré de bonne volonté et la tension d'esprit à exiger du débiteur).

Le « bon » père de famille ne se caractérise donc pas seulement par de la bonté (est-il besoin de réfuter ce qui n'est presque qu'un

(173) Cf. POTHIER, Œuvres, éd. Bugnet, t. II, p. 503 et s. (et, pour la réponse de POTHIER, p. 497 et s.).

(174) Note sous Orléans 30 juillet 1942, D.C. 1943.17.

(175) Bordeaux 12 mai 1931, Gaz. Pal. 1931.2.223.

(176) Lyon 4 novembre 1948, S. 1949, tables, v^o Dépôt, n^o 4.

(177) Trib. civ. Metz 28 mars 1956, D. 1956.555.

(178) Trib. civ. Blois 27 juin 1941, Gaz. Pal. 1941.2.63.

(179) Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. dr. civil 1933, p. 627 et s., spécialement p. 649.

(180) Responsabilité civile, t. I, n^o 677.

calembour?), mais également par un ensemble de qualités psychologiques, sur lesquelles on aura à revenir (181). Si un débiteur s'en distingue par ses déficiences intellectuelles, il ne saurait être question de prendre celles-ci en considération, pas plus que ses habitudes personnelles.

69. — Ce n'est pas dire, d'ailleurs, que la valeur de ce principe légal ne puisse être discutée. « Les moralistes — ainsi que le remarque M. Rodière (182) — trouvent singulière cette référence à un type abstrait lorsqu'on veut rechercher si la conduite de tel débiteur donné a été ou non fautive. Ils font observer que les hommes sont inégalement prévoyants, diligents et habiles parce qu'ils ont été inégalement doués en fait d'intelligence, de force et d'aptitude sensorielle; que, dès lors, la conduite sociale d'un débiteur donné doit s'apprécier d'après ses propres facultés ». Mais les critiques ainsi résumées (183) ne sont jamais formulées que *de lege ferenda* (184). En droit positif, il n'est pas contestable que la référence traditionnelle au bon père de famille, consacrée par la loi, est l'expression typique du principe de l'appréciation *in abstracto*.

70. — Pour la jurisprudence, ce recours à un type de comparaison abstrait est valable — sauf dérogation légale — relativement à l'ensemble des obligations contractuelles. « Lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'un contrat — énonce en termes généraux la Cour de cassation —... le principe est alors posé par l'article 1137 C. civ., qui décide que le débiteur ne répond que de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille » (185).

(181) Voir *infra*, n^{os} 191 et s.

(182) Répertoire Dalloz de droit civil, v^o Responsabilité, n^o 442.

(183) Ces critiques ne nous paraissent d'ailleurs pas fondées, dans la mesure où elles postulent que la faute civile a nécessairement le caractère d'un manquement moralement blâmable. Voir *infra* n^{os} 157 et s. : les fondements de la référence à un type humain abstrait.

(184) Tout au plus faut-il concéder que le recours au type du bon père de famille n'interdit pas de prendre en considération les inaptitudes purement physiques. Voir *infra* n^o 75 et surtout, à propos de la force majeure, n^o 94.

(185) Civ. 11 janvier 1922, D.P. 1922.1.16, S. 1924.1.105 et note DEMOGUE. Il faut toutefois remarquer que dans cet arrêt, comme dans plusieurs autres relativement anciens, la *culpa levis in abstracto* est opposée à la *culpa levissima* — regardée comme le principe de la responsabilité aquilienne — plutôt qu'à la *culpa levis in concreto*. Certains estiment encore, de cette manière, qu'il existe entre la faute contractuelle non dolosive et la faute quasi-délictuelle la même différence de degré qu'établissaient les anciens auteurs entre la *culpa levis* et la prétendue *culpa levissima* (voir notamment sur ce point : LALOU, La gamme des fautes, D.H. 1940, chron. p. 17 et s., spécialement p. 18). C'est ce qui explique qu'un certain nombre de décisions présentent le recours au critère du bon père de famille comme l'expression d'une appréciation relativement libérale alors que, par rapport à l'appréciation *in concreto*, ce mode de raisonnement apparaît au contraire plus sévère pour le débiteur.

Aussi bien ce bon père de famille est-il évoqué à propos des contrats les plus divers : mandat (186), dépôt salarié (187), louage de services (188), louage d'ouvrage (189), contrats innommés (190), etc. (191). Certains tribunaux inférieurs abusent même un peu de l'expression, en l'employant dans des cas où l'exécution correcte de l'obligation suppose une compétence technique particulière, que n'implique pas en soi la notion de bon père de famille (192).

71. — Les décisions récentes, il est vrai, emploient généralement des termes plus modernes, et surtout mieux adaptés à l'activité particulière dont il s'agit en la cause. Mais il s'agit toujours de la référence à un type abstrait, ou à une exécution normale.

72. — Soit, à titre d'exemple, l'obligation générale de prudence et de diligence découlant du contrat médical. Certains arrêts anciens — qui raisonnaient d'ailleurs sur le terrain délictuel, et par rapport à la notion de faute lourde professionnelle — avaient parfois admis que le médecin pouvait se prévaloir d'une inaptitude ou d'une inex-

(186) Req. 21 janvier 1890, S. 1890.1.408, D.P. 1891.1.380. Rapp., à propos d'un mandat confié par justice, Req. 10 février 1903, S. 1903.1.217 : le mandataire n'est pas responsable s'il « a donné aux affaires dont il était chargé pour autrui les soins d'un bon père de famille » et si l'erreur qui lui est reprochée, loin de lui être personnelle, constitue une « erreur commune ». Comp. Dijon 17 avril 1873 (D.P. 1876.2.167) qui, pour rendre responsable de sa *culpa levissima* un mandataire doté d'une large autonomie, énonçait que le mandant « était en droit d'exiger de lui toute la prudence du père de famille le plus diligent ».

(187) Bordeaux 12 mai 1931, Gaz. Pal. 1931.2.223; Trib. civ. Blois 27 juin 1941, Gaz. Pal. 1941.2.63; Orléans 30 juillet 1942, D.C. 1943.17 et note TUNC; Lyon 4 novembre 1948, S. 1949, tables, v^o Dépôt, n^o 4; Trib. civ. Metz 28 mars 1956, D. 1956.555. Voir *infra*, n^{os} 83 et s.

(188) Cf. à propos d'un représentant de commerce : Civ. sect. soc., 10 avril 1962, D. 1962.565 et note LINDON (1^{er} arrêt).

(189) Trib. civ. Clamecy 10 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945.1.181 (contrat de ferrage).

(190) Voir par exemple : Trib. civ. Lyon 26 mai 1954, Gaz. Pal. 1954.2.227 (pour un moniteur d'équitation); Civ. 1^{re} section, 12 juillet 1960, D. 1960 somm. 101 (pour un agriculteur chargé de la garde et de l'entretien d'un troupeau).

(191) Parmi les décisions qui se réfèrent ainsi à la notion de bon père de famille, certaines — à propos d'obligations de moyens relatives à la conservation d'une chose — emploient une formule particulière sur laquelle il y aura lieu de revenir. Elles imposent en effet au débiteur de donner à la chose d'autrui les soins qu'un bon père de famille eût apporté à sa *propre chose* (Bourges 19 mars 1958, approuvé par Civ. 1^{re} sect. 12 juillet 1960, D. 1960 somm. 101), ou de déployer « la diligence du bon père de famille pour la conservation de sa *propre chose* » (cf. Civ. sect. soc. 10 avril 1962, D. 1962.565 et note LINDON, 1^{er} arrêt). Malgré la parenté de telles formules avec celle de l'article 1927 Code civ., il s'agit évidemment là d'une appréciation *in abstracto*. Mais l'expression explicite l'idée primitive contenue dans la notion de bon père de famille, celle d'un homme envisagé à la tête de sa maison, et pouvant par conséquent se permettre de négliger certaines précautions plus gênantes qu'utiles. Cette idée, toutefois, ne vaut certainement pas de façon générale, le Code se référant au bon père de famille même pour les obligations déterminées, qui requièrent beaucoup plus de soin (voir sur ce point, *infra*, n^o 202).

(192) Cf. parmi les espèces précitées : Trib. civ. Clamecy 10 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945.1.181 (maréchal-ferrant); Trib. civ. Lyon 26 mai 1954, Gaz. Pal. 1954.2.227 (professeur d'équitation).

périence personnelle. Ainsi la Cour d'appel de Paris avait-elle écarté la responsabilité d'un médecin, qui avait commis des erreurs techniques au cours d'un accouchement, en relevant « son inexpérience en matière de craniotomie » (193). De même, un arrêt belge (194) a jadis admis « que l'homme de l'art, en dernière analyse, ne se doit aux malades qui l'ont choisi que tel qu'il est, sous les conditions relatives d'aptitude naturelle, d'études et d'expériences sous lesquelles il s'est formé ». Mais la jurisprudence n'a pas persévéré dans cette voie.

Chacun sait en effet que, selon la formule aujourd'hui utilisée par la Cour de cassation (195), le médecin doit en principe dispenser au malade des soins non seulement consciencieux et attentifs, mais encore « conformes aux données de la science » (ou aux « données acquises » ou « actuelles » de la science). Or ces données scientifiques présentent évidemment un caractère sinon objectif, du moins impersonnel; certes elles ne sont pas nécessairement la traduction parfaite de la réalité biologique, et peuvent comporter une part d'erreur humaine commune; mais elles sont « acquises » ou « actuelles » dans la mesure où elles sont admises par l'ensemble du corps médical : il va de soi que l'ignorance d'un praticien ne saurait empêcher une donnée scientifique d'être tenue pour acquise, et ne saurait donc légitimer l'attitude de celui qui n'en tiendrait pas compte. Aussi bien, les tribunaux explicitent-ils parfois la règle posée par la Cour de cassation, en faisant ressortir le recours à l'appréciation *in abstracto* qui s'y trouve impliqué : selon la Cour d'appel de Paris, par exemple, « l'obligation du médecin ou du dentiste envers son client consiste à lui donner des soins attentifs, prudents, conformes aux données acquises de la science et tels que les donnerait à sa place, dans les mêmes circonstances, un autre praticien consciencieux et averti » (196).

(193) Paris 4 mars 1898, S. 1899.2.90. Il faut pourtant observer qu'un tel motif n'implique pas nécessairement que le praticien considéré ait eu moins d'expérience qu'un médecin quelconque; il peut signifier seulement que ce médecin ne possédait pas l'expérience particulière d'un spécialiste; or les tribunaux admettent parfaitement que des aptitudes supérieures à la moyenne élèvent le niveau du standard pour ceux qui les possèdent (voir *supra* nos 46 et s., et *infra* nos 76 et s.). Pour la même raison, il ne faut peut-être pas voir un refus de l'appréciation *in abstracto* dans un arrêt (Metz qui les possèdent (voir *supra* nos 46 et s., et *infra* nos 76 et s.). Pour la même raison, 21 mai 1867, S. 1868.2.106) qui excluait la responsabilité d'un médecin tout en notant qu'il avait laissé son client « exposé à des périls qu'un praticien plus expérimenté aurait peut-être conjurés ». Rappr. encore : Lyon 17 novembre 1904, S. 1907.2.233, note E.H. PERREAU.

(194) Liège, 30 juillet 1890, sous Alger 17 mars 1894, S. 1895.2.237. — Cf. RODIÈRE, La responsabilité civile, n° 1400.

(195) V. l'arrêt de principe sur le caractère contractuel de la responsabilité médicale (Civ. 20 mai 1936, S. 1937. 1. 321, D.P. 1936. 1. 88, rapport JOSSEMAND concl. MATTER et note E.P.) et les arrêts ultérieurs relevés *infra*, n° 196.

(196) Paris 18 octobre 1949, D. 1949.538, Gaz. Pal. 1949.2.401, J.C.P. 1950.II. 5716, note Brunet. Rappr. Trib. civ. Lille 26 janvier 1955, J.C.P. 1955.IV.123, qui se réfère à un praticien moyennement informé et consciencieux.

73. — Il serait fastidieux d'énumérer toutes les formules comparables qui se rencontrent dans les décisions de jurisprudence, à propos des activités professionnelles les plus diverses. Pour un capitaine de navire, on se demandera si son comportement « a été celui d'un marin prudent et diligent » (197). Pour l'exploitant d'un restaurant, on se référera à « un restaurateur prudent et avisé » (198). Pour une infirmière, le modèle à considérer sera une « infirmière pourvue des connaissances nécessaires à la pratique de son art et normalement habile » (199). Ce ne sont là que des exemples, qui pourraient être aisément multipliés (200).

Ces exemples révèlent, d'ailleurs, que le type de référence abstrait n'est pas nécessairement uniforme : dans de nombreux cas, c'est un professionnel compétent, et non un bon père de famille quelconque, qui est pris pour modèle. Mais sans avoir à examiner ce point, sur lequel on reviendra (201), il suffit de constater ici que la règle obligatoire issue d'un contrat se détermine indépendamment des inaptitudes particulières que peut présenter le débiteur dans l'ordre de l'intelligence, de l'instruction ou de l'habileté (202). L'exécution doit être « correcte et normale » (203).

74. — Deux réserves, toutefois, doivent être formulées, qui sont les mêmes que l'on a déjà rencontrées à propos de la faute quasi-délictuelle.

75. — Tout d'abord on a vu plus haut (204), relativement aux devoirs généraux de prudence et de diligence, que le principe d'appréciation *in abstracto* n'implique pas nécessairement la prise en considération d'un modèle purement abstrait, excluant toute inaptitude propre au sujet considéré. En effet, si celui qui agit sottement ou maladroitement ne peut être assimilé à un « bon » père de famille, en revanche on peut parfaitement concevoir qu'un bon père de famille — entendons par là un homme consciencieux et avisé — se trouve, par exemple, atteint d'une maladie ou d'une infirmité qui l'empêche d'agir aussi utilement que celui qui dispose de forces normales. En imposant de prendre le bon père de famille pour type de comparaison, la loi ne tranche donc nullement la question de savoir si l'obliga-

(197) Paris 4 juillet 1956, Gaz. Pal. 1956.2.76 (1^{er} arrêt).

(198) Civ. 6 mai 1946, Gaz. Pal. 1946.1.254.

(199) Lyon 29 octobre 1951, Gaz. Pal. 1951.2.430.

(200) Voir encore, pour une colonie de vacances, la référence à l'attitude de « parents normalement diligents et attentifs » (Civ. 1^{re} sect. 27 mai 1957, Bull. civ. 1957, I, n° 240, p. 196).

(201) Voir *infra*, n°s 196 et 197.

(202) Voir, pour l'affirmation d'une faute à la charge d'un salarié, alors pourtant que les juges expliquent la négligence de celui-ci par son état mental déficient : Paris, 2 mars 1963, D. 1963.503, J.C.P. 1963.II.13140 et note B.P.

(203) Cf. Civ. 23 juin 1936, D.H. 1936.444.

(204) *Supra*, n°s 31 et s.

tion peut être affectée par les infériorités physiques existant en la personne du débiteur.

Assurément, si l'on doit admettre sur ce point un correctif au principe de l'appréciation *in abstracto*, il y aurait lieu de l'assortir de la même remarque qu'en matière de devoirs extracontractuels : ce n'est pas le fait d'un homme avisé d'entreprendre une activité à laquelle il est physiquement inapte. Et cette remarque prend ici une force particulière, puisque par hypothèse il s'agit d'engagements volontairement assumés (205). Mais ici encore il faut tenir compte de ce que certaines maladies ou infirmités peuvent se manifester inopinément, notamment au cours de la période d'exécution d'un contrat successif.

En pratique, il est vrai, ce problème posé par les déficiences ou défaillances physiques s'est essentiellement manifesté à propos d'obligations contractuelles « déterminées ». Aussi la jurisprudence l'a-t-elle abordé sous l'angle de la force majeure ou de la cause étrangère non-imputable. C'est donc en étudiant cette question de la force majeure que l'on examinera les décisions rendues à ce sujet (206). Mais il faut annoncer dès maintenant ce que l'on constatera alors : des particularités corporelles, qui ne sont pas incompatibles avec la notion de bon père de famille, peuvent parfois justifier un débiteur apparemment défaillant.

76. — D'autre part — et c'est la seconde réserve à formuler quant à la portée du principe d'appréciation *in abstracto* —, il faut prendre garde qu'ici encore, comme en matière extracontractuelle (207), ce principe n'interdit nullement de tenir compte des aptitudes supérieures à la moyenne.

En pratique, il est vrai, ces aptitudes supérieures seront ordinairement celles d'un professionnel particulièrement qualifié. Et la question se trouve alors obscurcie par le fait que le professionnel, expressément ou implicitement, promet une exécution conforme à ce que permettent ses connaissances ou son habileté spéciales. Or ce n'est pas individualiser la règle de conduite que de demander plus à celui qui a promis davantage.

Il ne saurait donc être question ici, bien évidemment, des connaissances ou des aptitudes particulières requises par l'exercice d'une profession, ou même d'une spécialité (« *spondet unusquisque peritiam artis* »). Si l'on exige du professionnel des capacités spéciales, ce n'est pas parce qu'il possède en lui-même des aptitudes supérieures (en

(205) Ainsi l'on reprochera à bon droit à un praticien de s'être livré à une intervention chirurgicale « alors qu'il est atteint d'une impotence presque complète de la main droite » (Douai 19 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931.2.775, sous-note a). De même il va de soi qu'un débiteur ne peut invoquer comme cas de force majeure une maladie dont il se savait déjà atteint lorsqu'il a contracté (Trib. civ. Seine 29 mars 1955, Gaz. Pal. 1955.1.407).

(206) Voir *infra*, n° 94.

(207) Voir *supra*, n°s 44 et s.

effet, moins il les possèdera, plus il sera en faute); c'est parce qu'il exerce une activité qui requiert ces aptitudes, et dit ou laisse entendre qu'il n'en est pas dépourvu (208).

En revanche, l'appréciation s'individualiserait vraiment si, en présence d'une obligation professionnelle contractée banalement, les juges montraient une rigueur particulière en faisant état de circonstances véritablement personnelles au débiteur et en envisageant celles-ci comme des qualités existant en lui, et non pas comme une suite logique de l'engagement contracté. Mais il est difficile de trouver en ce sens des motifs décisifs, dans la mesure où tout professionnel tend à publier ses supériorités; mentionner celles-ci, c'est donc presque toujours faire état d'une promesse implicite.

Parmi les décisions qui tirent argument de l'expérience professionnelle, il est possible, pourtant, d'en discerner parfois quelques-unes qui, même en matière contractuelle, semblent envisager cette expérience à titre de qualité personnelle particulière.

Ainsi, à propos d'un mandataire auquel il était fait grief d'avoir acheté des bijoux à un cours excessif, alors qu'il était bijoutier de son état, les juges ont relevé « qu'à raison de sa compétence, il n'a pas pu s'y tromper ». Et la Cour de cassation, en rejetant son pourvoi, a reproduit ce motif (209).

La Cour d'appel de Paris, pour reprocher à une agence de voyages de s'être montrée peu circonspecte dans le choix d'un transporteur, a relevé que, étant une « agence mondiale », elle savait évidemment qu'au Brésil les transporteurs de personnes ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire (210).

De même, pour préciser l'obligation de diligence imposée à des administrateurs de société anonyme dans l'intérêt des créanciers sociaux (obligation assimilable à une obligation contractuelle, la diligence devant être la même que celle d'un mandataire salarié : loi du 16 novembre 1940, art. 4), un jugement retient qu'en l'espèce ces administrateurs, « exerçant la même profession, pouvaient surveiller activement et efficacement la marche de la société », alors surtout « qu'ils étaient sur place et avaient des liens de parenté très étroits avec (le président-directeur général) ». « De ce fait, énonce le jugement, leur responsabilité doit être appréciée beaucoup plus sévèrement que celle des administrateurs de nombreuses sociétés anonymes » (211). Et dans la même affaire, la cour d'appel a relevé que les administrateurs en question étaient des « industriels avertis... »

(208) Ce n'est pas pour rien que le mot profession, avant de vouloir dire état, métier ou emploi, signifie d'abord, et étymologiquement, déclaration publique. Cela implique que la profession est bien autre chose qu'une qualité de la personne.

(209) Req. 28 avril 1926, S. 1927.I.282.

(210) Paris 25 novembre 1955, J.C.P. 1956.II.9240 et note RODIÈRE. En rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt, la Cour de cassation n'a pourtant pas repris la formule citée au texte (Civ. 1^{re} sect. 5 janvier 1961, J.C.P. 1961.II.11979, D. 1961.340).

(211) Trib. comm. Roubaix 26 septembre 1956, D. 1957.10 et note GORÉ.

connaissant, pour l'avoir eux-mêmes exploitée, cette branche d'industrie » (212).

Parfois, encore, des cours d'appel ont apprécié avec une particulière rigueur la faute d'un médecin ou d'un chirurgien, au motif que celui-ci était « un praticien éminent » (213), ou en faisant état « de sa haute valeur professionnelle et morale » (214), ou encore en relevant qu'il prenait habituellement la précaution omise en l'espèce (215).

77. — Il faut pourtant remarquer que le refus des juges de s'engager dans une recherche concrète, touchant l'expérience personnelle d'un professionnel, ne paraît pas pouvoir donner ouverture à cassation. C'est ce que révèle une espèce où la victime d'un électrochoc reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas répondu aux conclusions par lesquelles elle soutenait que son médecin avait déjà pratiqué quatre mille électrochocs, et demandait que l'on recherchât si des accidents semblables au sien ne s'étaient pas déjà produits au cours de ce passé, éclairant le praticien sur la nécessité de surveiller le malade jusqu'à son réveil total. Or, à ce grief, la Cour de cassation (216) a répondu négativement, en observant simplement que, selon les constatations des juges du fond, l'accident survenu avait un caractère anormal et tout à fait exceptionnel. C'est là, on le voit, replacer la discussion sur le terrain abstrait, alors que la victime essayait au contraire de le situer sur un plan personnel.

Bien entendu, une telle décision ne signifie pas qu'il soit interdit aux juges d'apprécier la faute en tenant compte de l'expérience personnelle du débiteur. Simplement, c'est aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier l'influence que des données personnelles peuvent exercer, dans tel cas particulier, sur le contenu du standard de diligence. Nul n'est mieux placé qu'eux pour savoir s'il convient, en l'espèce, de s'engager dans des investigations subjectives.

78. — Si l'aptitude particulière du débiteur peut influencer l'appréciation qui est faite de sa diligence, il faut observer également qu'il peut en être de même pour le créancier de l'obligation (le problème se posant alors sur le terrain de la faute de la victime).

(212) Douai 12 octobre 1961, D. 1962.137.

(213) Toulouse 26 mai 1939, Gaz. Pal. 1940.1.61.

(214) Aix 21 avril 1958, cassé par Civ. 1^{re} sect. 21 février 1961, J.C.P. 1961.II.12129 et note SAVATIER (1^{re} espèce). En l'occurrence l'arrêt d'appel a été cassé, mais pour une dénaturation indépendante du motif cité au texte; ce motif, en revanche, est critiqué avec vivacité par M. SAVATIER, qui en souligne le caractère paradoxal : et en effet, si une négligence subjective peut s'induire de la valeur professionnelle, la valeur morale conduirait au contraire, logiquement, à l'écarter.

(215) Paris 10 février 1954, D. 1954.257 (il s'agit d'ailleurs d'un arrêt rendu en matière pénale, donc sur le terrain délictuel).

(216) Civ. 1^{re} sect., 2 décembre 1958, Gaz. Pal. 1959.1.94, J.C.P. 1959.II.11184, note SAVATIER.

Ainsi un département, auquel avait été livré un ciment défectueux pour la construction d'un pont, s'est vu refuser une réparation intégrale en raison de sa propre négligence, celle-ci étant appréciée plus strictement que celle d'une personne quelconque. La cour d'appel saisie de ce litige a, en effet, relevé que le service vicinal de cette collectivité avait manifesté « une confiance qui, admissible peut-être de la part d'un particulier inexpert, ne saurait l'être de la part d'un service comportant des techniciens avisés » (217).

A vrai dire, le devoir de prudence et de diligence du créancier n'est pas, dans la plupart des cas, une véritable obligation contractuelle. C'est un devoir général identique à celui par rapport auquel s'apprécie, en matière délictuelle, la faute de la victime. Mais de toute façon cela n'importe guère au point de vue qui nous occupe, puisque, dans l'un et l'autre domaine, les tribunaux tiennent compte, tout naturellement, des aptitudes particulières permettant à une personne de se conduire de façon spécialement opportune. En matière contractuelle comme en matière extracontractuelle, l'homme avisé met à profit, dans ses rapports avec autrui, les connaissances et l'habileté qui lui sont propres.

79. — Si donc la faute contractuelle s'apprécie normalement par comparaison avec un type de référence abstrait, indépendant des inaptitudes psychologiques particulières, rien n'interdit, ici encore, d'avoir égard aux données personnelles qui peuvent se rencontrer chez un homme raisonnable : déficiences corporelles d'une part, aptitudes supérieures d'autre part. On retrouve le modèle général de l'homme droit et avisé, que l'on suppose placé dans les mêmes circonstances que le débiteur, sans qu'il y ait lieu de distinguer systématiquement les circonstances externes et internes — mais sans prendre en considération, bien entendu, les infériorités individuelles qui inclinent à agir déraisonnablement. C'est cela, et cela seulement, qu'implique la référence au type traditionnel du bon père de famille, expression du principe de l'appréciation *in abstracto*.

80. — Ce principe, en outre, rencontre une limite quant à son domaine d'application. Non seulement il peut être écarté par la volonté des parties, ainsi qu'on l'a déjà observé, mais encore il peut souffrir dérogation en vertu de la loi elle-même. Il en est ainsi, incontestablement, à propos du contrat de dépôt.

(217) Bourges, 24 mars 1953, D. 1953.501. Rapp. Lyon 5 avril 1922, maintenu par Req. 18 mars 1924, D.H. 1924.261 (faute de la part d'un « commerçant averti »).

§ 2. — LA RÈGLE EXCEPTIONNELLE D'APPRÉCIATION IN CONCRETO. OBLIGATION DU DÉPOSITAIRE

81. — L'exception légale certaine au principe de l'appréciation *in abstracto* — dans le cas du dépôt — résulte de l'article 1927 du Code civil. Aux termes de ce texte, en effet, « le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent ».

Cette disposition, qui subordonne la responsabilité du débiteur (par voie de conséquence) à sa *culpa levis in concreto*, vient, on le sait, de notre ancien droit. Domat indiquait déjà que « le dépositaire est tenu d'avoir le même soin pour les choses déposées qu'il a pour les siennes » (218). Mais si cette règle se conciliait avec un système qui réservait le critère de la *culpa levis in abstracto* aux contrats conclus dans l'intérêt des deux parties (tel n'est pas le dépôt, théoriquement, ce contrat étant en principe gratuit), en revanche elle constitue actuellement une dérogation puisque l'article 1137, on l'a vu, impose l'appréciation *in abstracto* même lorsque la convention n'a pour objet que l'utilité de l'une des parties.

82. — L'application de la règle particulière ainsi édictée par l'article 1927 ne soulève pas, en elle-même, de difficultés. Reprenant les termes mêmes de la loi, la Cour de cassation énonce que le dépositaire, pour dégager sa responsabilité en cas de perte ou détérioration, doit établir « qu'il a donné à la chose les mêmes soins qu'il apporte à la garde des choses qui lui appartiennent » (219). Ainsi a-t-on jugé en faute la personne qui, au cours de l'exode de 1940, avait sauvé ses bagages personnels mais égaré ceux qu'une autre personne avait dû lui confier (220).

83. — Mais ce recours à un critère exclusivement individuel a une portée étroitement définie. A la règle ainsi posée, en effet, l'article 1928 C. civ. apporte une quadruple restriction. Selon ce dernier texte, la disposition de l'article précédent doit être appliquée « avec plus de rigueur » s'il s'agit d'un dépôt salarié ou fait dans l'intérêt exclusif du dépositaire, ou encore si celui-ci s'est offert lui-même à recevoir le dépôt, ou enfin si la convention des parties a expressément étendu le contenu de l'obligation.

Cette dernière précision ne fait que traduire, à propos d'un cas particulier, l'idée générale selon laquelle la détermination légale du mode d'appréciation ne présente, en principe, qu'un caractère supplétif. Il n'y a pas lieu non plus de s'étendre sur le cas du dépôt « fait

(218) Les lois civiles dans leur ordre naturel, liv. I, tit. VII, sect. 2, art. 2.

(219) Civ. 25 septembre 1941, S. 1941.1.199.

(220) Trib. paix Paris (XVII^e) 4 décembre 1940, Gaz. Pal. 1941.1.30 (il s'agissait là d'un dépôt nécessaire, mais l'art. 1951 renvoie aux règles ordinaires du dépôt).

uniquement pour l'intérêt du dépositaire », car alors, ainsi qu'on n'a pas manqué de l'observer (221), il n'y a pas véritablement dépôt, mais nantissement ou prêt à usage. Mais l'article 1928 doit souvent être appliqué à propos du dépôt salarié, ou proposé par le dépositaire lui-même. Il est donc nécessaire de préciser la manière dont se détermine alors l'obligation.

Or, sur ce point, l'article 1928 manque de clarté. Car d'une part il déroge à l'article 1927, et d'autre part il se présente, formellement, comme une application de ce dernier texte (« la disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur... »). Pris à la lettre, il ne s'accorde donc pas parfaitement avec l'opinion (222) selon laquelle il constituerait un simple renvoi au droit commun, c'est-à-dire au critère abstrait du bon père de famille. Mais d'un autre côté il semble bien qu'il faille revenir à ce critère général, car on voit mal comment il serait possible d'établir des degrés dans l'application du critère individuel posé par l'article 1927; et surtout, l'article 1929, qui précise que le dépositaire n'est tenu en aucun cas des accidents de force majeure, suppose implicitement une appréciation rigoureuse de la diligence.

Pour concilier ces dispositions apparemment peu cohérentes, la solution la plus satisfaisante, en définitive, semble résider dans une application cumulative des deux critères *in abstracto* et *in concreto*, selon le système exposé par M. le Doyen Rodière (223). « On peut affirmer — écrit cet auteur — la responsabilité de celui qui, devant une menace d'accident, a mieux soigné ses affaires que celles du déposant. Mais ce n'est qu'un minimum : un dépositaire salarié n'est pas indemne de toute responsabilité parce qu'il a aussi mal soigné ses affaires que celles du déposant... » (224). Il faut donc faire jouer en outre le critère du bon père de famille (et en pratique c'est celui-ci qui sera déterminant). C'est à ce système qu'a recouru la Cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 30 juillet 1942 (225), en énonçant que « le dépositaire salarié doit apporter dans la garde de la chose déposée, *non seulement* le même soin qu'il apporte à la garde des choses qui lui appartiennent, *mais encore* un soin identique à celui d'un bon père de famille ».

(221) COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Cours élémentaire de droit civil français, 10^e éd., t. II, n° 1237.

(222) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 706-9. Note LINDON sous Civ. sect. soc. 10 avril 1962, D. 1962.565.

(223) La responsabilité des dépositaires et l'exode de 1940, J.C.P. 1942.I.268 (spécialement n° 2).

(224) Ce cumul des deux modes d'appréciation constitue d'ailleurs un retour au droit commun. Nous croyons en effet (en inversant les termes) qu'en principe l'appréciation *in abstracto* ne définit qu'un minimum de diligence, que doit dépasser le débiteur disposant de possibilités particulières (voir *supra*, n° 76).

On observera aussi la parenté de ce système avec celui que consacre le Code dans le cas du prêt à usage : l'emprunteur doit la diligence du bon père de famille (art. 1880); mais parfois on considère en outre la manière dont il a veillé sur sa propre chose (cas visé par l'art. 1882).

(225) D.C. 1943.17, note TUNC.

84. — Il faut reconnaître, pourtant, que les décisions de jurisprudence ne sont pas toujours aussi nettes. Souvent elles commentent par reproduire la formule de l'article 1927, avec le correctif apporté par l'article 1928; puis, sans s'expliquer avec précision sur la portée exacte de ce correctif, elles passent à une analyse de la diligence ou de la force majeure, qui est évidemment opérée *in abstracto*, et qui commande la solution du litige (226) : par exemple, elles recherchent si le dépositaire a eu un comportement « raisonnable » (227), ou s'il a pris de « sages précautions » (228). Sans doute cela peut s'interpréter comme la reconnaissance du système d'appréciation cumulative. Mais on souhaiterait que ce fût plus nettement exprimé.

D'autres décisions, en revanche, sont très explicites, et posent purement et simplement le principe selon lequel, dans les cas visés par l'article 1928, il y a retour au droit commun de l'appréciation *in abstracto*. Ainsi il a été jugé que les dépositaires salariés sont « responsables *in abstracto* de leur faute même légère, c'est-à-dire de celle que ne commettrait pas un bon père de famille » (229); que le dépositaire salarié « doit se comporter en bon père de famille avec une prudence normale; que pour apprécier celle-ci il faut tenir compte des usages » (230); qu'il est tenu de toute faute « appréciée d'après le type abstrait du bon père de famille » (231); qu'il a « l'obligation de veiller sur la chose en bon père de famille, c'est-à-dire comme le ferait un dépositaire avisé » (232). Parfois on comparera son attitude à celle d'autres dépositaires qui se sont trouvés placés dans la même situation (233). Ou encore — mais cette formule est critiquable, quoique témoignant encore d'une appréciation *in abstracto* — on exigera du dépositaire « la diligence ordinaire qu'un propriétaire apporte à la conservation de sa propre chose » (234).

(226) Trib. paix Mantes-Gassicourt 18 février 1941, Gaz. Pal. 1941.1.487; Trib. comm. Dreux 29 mai 1941, Gaz. Pal. 1941.2.186; Trib. paix Sceaux 16 juillet 1941, Gaz. Pal. 1941.2.290; Trib. comm. Marseille 17 décembre 1941, Gaz. Pal. 1942.1.151; Civ. 15 novembre 1950, Bull. civ. 1950, I, n° 225, p. 173.

(227) Trib. comm. Marseille 17 décembre 1941, précité.

(228) Trib. comm. Dreux 29 mai 1941, précité.

(229) Bordeaux 12 mai 1931, Gaz. Pal. 1931.2.223.

(230) Trib. civ. Blois 27 juin 1941, Gaz. Pal. 1941.2.63.

(231) Lyon 4 novembre 1948, S. 1949, tables, v° Dépôt, n° 4.

(232) Trib. civ. Metz 28 mars 1956, D. 1956.555.

(233) Tunis 26 octobre 1949, S. 1951.2.169 et note JAMBU-MERLIN. En l'espèce, toutefois, la Cour de cassation (Civ. sect. comm. 29 octobre 1952, D. 1953.53, S. 1953.1.96) a tenu le contrat pour une location.

(234) Dijon 1^{er} février 1961, maintenu par Civ. sect. soc. 10 avril 1962, D. 1962.565 et note LINDON (1^{er} arrêt). Nous jugeons cette motivation critiquable car, si le bon père de famille était jadis imaginé gérant ses propres affaires, cette conception se trouve dépassée depuis que le Code civil a généralisé le recours à ce type de référence (il est valable aujourd'hui même pour des obligations déterminées, qui exigent du débiteur une diligence beaucoup plus poussée que celle dont un homme avisé use pour lui-même). Certes la Cour de cassation a rejeté le pourvoi..., mais en niant qu'il s'agit d'un dépôt.

85. — Il apparaît ainsi que le principe d'appréciation *in abstracto* conserve, en matière de dépôt, un large champ d'application. Il n'est véritablement exclu que lorsqu'il s'agit d'un dépôt gracieux, et accepté par le dépositaire sur les instances du déposant. Dans cette mesure, il faut reconnaître que le libéralisme légal est justifié, car la personne qui a sollicité un service gratuit est assez mal venue à reprocher son manque de capacité à celui qu'elle est allée choisir.

Aussi est-il permis de penser qu'il serait assez équitable de déterminer de la même manière — *in concreto* — toutes les obligations bénévolement assumées dans l'intérêt exclusif d'autrui (du moins lorsque, des intérêts matériels étant seuls en jeu, une diligence atténuée peut être tolérée). L'ancien droit, à cet égard, n'était pas sans quelque sagesse. Toutefois il n'est pas contestable qu'en droit positif les termes formels de l'article 1137 s'opposent à tout retour à l'appréciation *in concreto*, sauf dérogation légale.

Mais il est, en dehors du dépôt, un contrat pour lequel on s'est demandé si, précisément, la loi n'impliquait pas dérogation au principe général de l'appréciation *in abstracto* : c'est le *mandat gratuit*.

86. — L'article 1992 du Code civil, en effet, — après avoir disposé, dans son premier alinéa, que le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion — poursuit par un second alinéa ainsi conçu : « Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ». On s'est demandé, dès lors, compte tenu de l'analogie de cette formule avec celle de l'article 1928, si cette application « moins rigoureuse » des règles de la responsabilité ne correspondait pas à l'appréciation *in concreto*, en fonction du soin apporté par le mandataire à ses propres affaires.

Cette question a intéressé nombre d'auteurs au XIX^e siècle, les uns se prononçant en faveur de l'appréciation *in abstracto* (235), les autres estimant que le mandataire bénévole n'était responsable que de sa faute *in concreto* (236). De nos jours, une doctrine autorisée penche encore pour cette dernière solution (237); cependant, nous ne la croyons pas conforme à la pensée des rédacteurs du Code civil.

Il faut observer, en effet, qu'en matière quasi-contractuelle le gérant d'affaire — qui n'est pas davantage rémunéré, et qui est soumis « à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès » (art. 1372, al. 2) — est pourtant tenu de la diligence d'un bon père de famille (art. 1374, al. 1^{er}). En sa faveur, la disposition bienveillante de l'article 1992 al. 2 trouve son homologue dans le second alinéa

(235) Paul PONT, Commentaire-traité des petits contrats, t. I, n° 991; Jur. gén. Dalloz, supplément, v° Mandat, n° 78; voir aussi LAURENT, Droit civil français, 3^e éd., t. XXVII, n° 475.

(236) TROPLONG, Du mandat, n° 933; MASSÉ et VERGÉ, sur Zachariae, t. V, p. 41, note 3; MOURLON, Répétitions écrites, 5^e éd., t. III, p. 441.

(237) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 706-19.

de l'article 1374, qui permet au juge, selon les circonstances, de modérer les dommages-intérêts; cela conduit à penser que l'article 1992 al. 2 a également pour objet de permettre une modération des dommages-intérêts, bien plutôt qu'une diminution du contenu de l'obligation. Cette interprétation s'accorde d'ailleurs mieux avec les termes du texte légal, qui vise non pas l'obligation ni l'appréciation même de la faute, mais l'application de « la responsabilité relative aux fautes » (alors que l'art. 1927, qui prévoit l'appréciation *in concreto* en matière de dépôt, se réfère très nettement au contenu même de l'obligation).

Aussi bien la Cour de cassation semble-t-elle avoir décidé en ce sens, en posant jadis en principe que l'article 1992 al. 2 n'autorise pas à affranchir le mandataire de toute réparation (238). Et les arrêts paraissent formuler une règle générale lorsqu'ils énoncent que le mandataire doit la diligence d'un bon père de famille : on trouve mentionné ce critère abstrait même dans des espèces où, apparemment, le mandat ne comportait aucune rémunération (239). Toutefois la jurisprudence n'est pas très nette, car il arrive que l'existence d'une rémunération soit mentionnée conjointement avec la référence à un standard abstrait (240).

87. — Quoi qu'il en soit, la règle d'appréciation *in concreto* posée par l'article 1927 du Code civil, et celle que certains croient discerner dans l'article 1992 al. 2, ne peuvent constituer que des dérogations particulières au droit commun de l'article 1137. Il demeure incontestable que l'appréciation *in abstracto*, traditionnellement exprimée par le recours au type général du bon père de famille, constitue le principe en matière de détermination de la diligence due dans le domaine contractuel (241).

Ce principe est valable aussi bien pour les obligations « de moyens » que pour les obligations « de résultat », quoique les unes et les autres

(238) Civ. 28 novembre 1876, S. 1877.I.218.

(239) Voir notamment Req. 10 février 1903, S. 1903.I.217. Dans cette espèce, d'ailleurs, la Cour d'appel (Bordeaux 15 juillet 1901) s'était livrée à une appréciation cumulative, écartant la faute à la fois *in abstracto* (comparaison avec « les commerçants les plus expérimentés et les plus prudents ») et *in concreto* (le mandataire « a conduit les affaires qui lui avaient été confiées... comme les siennes propres »).

(240) Cf. Bordeaux 20 novembre 1956, D. 1957.189. On observera aussi que la législation contemporaine, en imposant aux administrateurs de société anonyme, dans l'intérêt des créanciers sociaux, la diligence d'un mandataire salarié (loi du 16 novembre 1940, art. 4), paraît sous-entendre que le contenu de l'obligation de diligence pourrait être moindre quand un mandat est gratuit que lorsqu'il est rémunéré.

(241) Cette conclusion, toutefois, ne saurait être transposée sans réserves en dehors du droit civil proprement dit. En droit du travail, notamment, on sait que les tribunaux n'exercent qu'un contrôle limité sur le bien-fondé des licenciements, au motif que « le chef d'entreprise, responsable de la bonne marche de celle-ci, est juge des circonstances dans lesquelles elle se trouve compromise ». (Ch. Réunies 27 avril 1961, D. 1961.646, J.C.P. 1961.II.12165). Il en résulte que la décision de l'employeur est jugée légitime même dans des cas où, fondée à ses propres yeux, elle ne le serait pas à ceux d'un homme avisé.

n'imposent pas le même degré de diligence (242). Tout au plus peut-on se demander si, lorsque l'obligation est déterminée et va donc jusqu'aux limites de la force majeure, l'appréciation *in abstracto* ne doit pas être entendue avec une rigueur particulière, excluant la prise en considération de toute donnée « interne » propre au débiteur, fût-ce même une déficience physique compatible avec la notion de bon père de famille. Il y a là un problème spécial, que l'on rencontre d'ailleurs également en matière délictuelle à propos des devoirs déterminés ne cédant que devant la preuve d'une cause étrangère non imputable. C'est ce problème qui reste à examiner dans la dernière section du présent chapitre, consacrée à l'appréciation de la force majeure.

Section IV

L'APPRÉCIATION DE LA FORCE MAJEURE

88. — Lorsqu'une personne est soumise à une obligation ou à un devoir « déterminé », la réalisation ou la non-réalisation d'un certain résultat engage en principe sa responsabilité, à moins qu'elle ne puisse s'exonérer en établissant l'intervention d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable. C'est cette cause étrangère — imprévisible et irrésistible, dit-on traditionnellement — que nous désignons ici par l'expression de « force majeure », entendue dans son sens le plus large.

On sait que la cause étrangère (ou la force majeure) est expressément prévue par le Code civil, comme principe général d'exonération, en matière contractuelle (art. 1147 et 1148). Et si le Code ne l'a pas envisagée sur le terrain délictuel — faute de concevoir en ce domaine des obligations déterminées —, nul n'ignore qu'en cette matière également la jurisprudence recourt usuellement à cette notion.

Or celle-ci doit être examinée, à propos du problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* de l'illicite. Certes, à prendre à la lettre les articles 1147 et 1148 du Code civil, la force majeure paraît n'intervenir que comme cause d'exonération, relativement à la responsabilité, une fois constatée l'inexécution de l'obligation. Mais en réalité celui qui est exonéré par la force majeure n'a commis aucune faute, et il a fait tout ce à quoi il était tenu (243). S'il en est ainsi, c'est bien

(242) Voir *infra*, n° 202.

(243) Voir notamment à ce sujet : ESMEIN, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. droit civil 1933 p. 627 et s., n°s 2 à 6; TUNC, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, Rev. trim. droit civil 1945, p. 235 et s. (comp. : Force majeure et absence de faute en matière délictuelle, Rev. trim. droit civil 1946, p. 171 et s.); MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n°s 103-3 et 660 et s.; RODIÈRE, Répertoire DALLOZ de droit civil, V° Responsabilité, n° 440; SÉGUR, La notion de faute contractuelle en droit civil français, thèse Bordeaux 1954, p. 57 et s. Sur le rattachement de la force majeure au problème de l'imputabilité, voir les observations critiques de M. RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, n° 41.

le contenu même de l'obligation qui se trouve affecté par la force majeure.

Cela dit, il va de soi, compte tenu de la diversité des aptitudes humaines, que ce qui est possible à certains individus est impossible à d'autres; ces derniers pourront-ils donc invoquer, le cas échéant, une impossibilité qui leur est personnelle? ou décidera-t-on que la force majeure doit s'apprécier en fonction des aptitudes humaines normales, abstraction faite des particularités individuelles? Telle est la question à résoudre.

89. — Cette question se dédouble, d'ailleurs, du fait que la force majeure peut être intéressée à deux titres différents par les particularités individuelles. D'une part, l'événement de force majeure peut-il être un événement purement personnel, voire interne par rapport à la personne du sujet en cause? D'autre part, même s'agissant d'un événement extérieur, l'impossibilité de prévoir celui-ci et d'y résister doit-elle s'apprécier en fonction des facultés individuelles particulières? (244).

Mais ces deux problèmes sont étroitement liés (245). Si, en effet, on refuse à tout événement « interne » le caractère de force majeure ou de cause « étrangère », il en résulte que même la diligence la plus poussée n'empêchera pas certains débiteurs de se voir reprocher l'inexécution de leur obligation. Cette dernière, par conséquent, comportera une part de garantie, le sujet obligé répondant du caractère normal de sa propre personne. Or, s'il en est ainsi, il est logique de lui imposer aussi de réagir normalement aux circonstances extérieures. A l'inverse, si l'on admet une force majeure d'origine interne (tenant, par exemple, à une défaillance physique subite), il n'y a aucune raison de ne pas tenir compte également des particularités personnelles de même nature qui empêchent de résister à un événement externe.

Logiquement, les deux problèmes indiqués devraient donc trouver des solutions coordonnées : appréciation purement abstraite des facultés de prévision et de résistance, si la force majeure doit être toujours d'origine externe; appréciation plus concrète de ces facultés, au contraire, si la force majeure peut être d'origine interne aussi bien qu'externe.

En est-il réellement ainsi? Pour tenter de le discerner, il convient d'examiner d'abord la question de l'intériorité et de l'extériorité de la force majeure, puis celle de l'impossibilité absolue ou relative.

(244) Nous posons ici la seconde question en fonction des caractères traditionnels d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Mais le problème se pose également si, répudiant ces exigences, on se fait de la force majeure une conception plus souple. On se demandera alors s'il faut avoir égard aux inaptitudes personnelles du sujet pour déterminer s'il *devait* prévoir et surmonter l'obstacle qu'il allègue.

(245) En ce sens : MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, n° 1572, note 7.

§ 1. — INTÉRIORITÉ ET EXTÉRIORITÉ DE LA FORCE MAJEURE PAR RAPPORT A LA PERSONNE

90. — C'est une question classique que celle de savoir si l'extériorité est une condition essentielle de la force majeure (246). Mais il n'y a pas lieu d'examiner ici l'ensemble de ce problème, qui déborde assez largement notre propos. Car les mots « extérieur », « extériorité », sont susceptibles d'être employés à des points de vue bien différents, dont certains ne sauraient nous intéresser directement.

Quand on parle de l'extériorité de la force majeure, on veut souvent dire que celle-ci doit être extérieure à l'entreprise du débiteur (247) ou de l'agent, ou à la chose dont ce dernier a la garde. Or ces problèmes ne se confondent pas avec la question, pour nous essentielle, de savoir si la force majeure doit être extérieure à la personne. A première vue, il est vrai, il pourrait sembler logique que celui qui répond des vices de son entreprise ou de sa chose doive répondre, à plus forte raison, de ceux de sa propre personne; mais à la réflexion cela n'est pas si évident.

91. — Si l'on évoque, en effet, les raisons qui interdisent généralement à un débiteur d'invoquer comme force majeure un événement intérieur à son entreprise, on constate que ces raisons ne s'étendent pas nécessairement au cas des circonstances intérieures à la personne même du débiteur.

Les événements intérieurs à l'entreprise peuvent consister, tout d'abord, dans le fait des préposés du débiteur ou des personnes que celui-ci s'est substituées pour l'exécution de l'obligation. Or ce fait ne sera invoqué que s'il présente un caractère anormal, et en ce cas il sera presque toujours constitutif d'une faute de la part du substitut ou du préposé. Le déclarer inopposable, c'est donc simplement se référer à l'idée de la responsabilité ou la de garantie du fait (fautif) d'autrui. Mais si l'on suppose une défaillance non fautive du préposé, celle-ci pourra parfaitement constituer, pour le débiteur qui l'emploie, un cas de force majeure. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle censuré

(246) Cf. notamment, pour l'extériorité : EXNER, La notion de force majeure; théorie de la responsabilité dans le contrat de transport. JOSSERAND, Les transports, 2^e éd., n^{os} 570 et s.; Cours de droit civil positif français, 3^e éd., t. II, n^{os} 451 et s.; « Cas de force majeure et cas fortuit », Rev. générale des assurances et des responsabilités, 1930, p. 542 et s.; « Force majeure et cas fortuit », D.H. 1934, Chron., p. 25 et s. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, n^o 1566. Contra : PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, Traité pratique de droit civil français, t. VII, 2^e éd., n^o 837; RADOUANT, Du cas fortuit et de la force majeure, thèse Paris 1920, p. 196 et s., spécialement p. 223-232.

(247) Cf. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n^o 704-11 : « C'est une seule et même idée que l'on exprime lorsqu'on dit que le débiteur supporte une obligation de garantie du fait des personnes et des choses qu'il emploie à l'exécution de l'obligation ou lorsqu'on dit que la force majeure ne peut résider qu'en un élément extérieur au débiteur ».

un arrêt qui avait refusé d'envisager comme force majeure possible, pour un transporteur, la défaillance physique qui avait frappé le chauffeur employé au transport (248). Dès lors, si l'on voulait raisonner par analogie, en transposant au fait du débiteur la solution admise pour le fait de ses préposés, il faudrait en déduire que ses propres défaillances physiques, quoique internes, peuvent constituer des cas de force majeure.

Les événements intérieurs à l'entreprise du débiteur peuvent consister, d'autre part, en des défaillances tenant aux choses (objets de l'obligation ou instruments de l'exécution). Mais si de tels vices ne peuvent constituer des cas de force majeure, si le débiteur en est garant, c'est pour des raisons qui n'ont pas leur équivalent lorsqu'il s'agit d'un vice de la personne.

Imposer au débiteur de garantir les vices des choses qu'il livre ou qu'il emploie, c'est en effet l'inciter à se montrer particulièrement exigeant lorsqu'il les choisit; mais nul ne choisit sa propre personne; or il y a des obligations qu'on doit exécuter par soi-même : en ce cas, on voit mal comment un souci de prévention pourrait justifier une garantie des défaillances physiques.

On observe, en outre, que le débiteur qui utilise ou procure une chose est mieux placé que le créancier pour agir contre le « véritable » responsable des vices de cette chose, par exemple le fabricant (249). Mais lorsqu'il s'agit de défaillances de la personne, il est clair qu'une telle considération n'a pas d'équivalent.

92. — Ainsi les raisons pour lesquelles on écarte une force majeure intérieure à l'entreprise du débiteur, en matière contractuelle, ne conduisent pas nécessairement à exiger l'extériorité par rapport à sa personne. Et les dernières remarques formulées indiquent déjà que la même observation est valable en matière délictuelle, à propos de la responsabilité du fait des choses.

Du fait que le gardien ne peut invoquer les vices de la chose comme cas de force majeure (250), on parle, ici encore, d'extériorité de la force majeure. Mais en résulte-t-il nécessairement que ce principe

(248) Civ. 1^{er} août 1944, Gaz. Pal. 1944.2.153. Voir également Aix 28 avril 1952 (D. 1952.714), qui a jugé qu'un locataire n'était pas responsable du fait de son apprenti en état de démence (rappr., pour la démence d'un préposé, en matière délictuelle : Civ. 2^e sect. 15 mars 1956, J.C.P. 1956.II.9297, note ESMEIN).

On observera, d'autre part, que la grève, quoique intérieure à l'entreprise du débiteur, constitue parfois pour celui-ci un cas de force majeure, et cela même lorsqu'elle est fautive de la part des grévistes.

(249) Cf. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, n^o 1328-4 (où l'argument est formulé à propos de la responsabilité délictuelle du fait des choses).

(250) Civ. 16 juin 1896, D.P. 1897.1.433, concl. SARRUT, note SALEILLES; S. 1897.1.17, note A. ESMEIN. Req. 2 mai 1933, D.H. 1933.281. Civ. 26 mars 1934, D.H. 1934.266. Civ. 11 mars 1940, Gaz. Pal. 1940.2.15. Req. 22 janvier 1945, S. 1945.1.57, Gaz. Pal. 1945.1.84. Civ. 7 mai 1946, D. 1946.324. Civ. 2 juillet 1946, D. 1946.392, Gaz. Pal. 1946.2.151. Civ., sect. comm., 30 juin 1953, J.C.P. 1953.II.7811, note SAVATIER. Civ., 2^e sect., 13 mars 1957, Gaz. Pal. 1957.2.228. Civ., 2^e sect., 30 octobre 1957, J.C.P. 1957.IV.179. Civ., 2^e sect., 6 mars 1959, Gaz. Pal. 1959.2.12.

d'extériorité interdirait également au gardien d'invoquer comme fait exonératoire une défaillance de sa propre personne? Cela ne va pas de soi.

Certes une doctrine autorisée l'enseigne. « Il y a même — écrit M. Tunc (251) —, dans l'idée d'extériorité de la force majeure, une idée de garantie des « vices » du gardien, de ses défaillances, même non imputables à sa faute. Qu'un automobiliste au volant ait brusquement un étourdissement ou une syncope et qu'il cause un accident : il doit certainement être déclaré responsable... En définitive, le gardien apparaît plus ou moins garant de l'anormal... ».

Cette conception est parfaitement admissible, mais il faut reconnaître qu'elle va beaucoup plus loin que la simple exigence d'extériorité par rapport à la chose. Comme on l'a déjà signalé, la chose est l'objet d'un choix, à la différence de la personne; et son vice peut souvent donner lieu à une action récursoire, inconcevable dans le cas de défaillance corporelle. Qui plus est, on peut, sans forcer les termes de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, en faire dériver à la charge du gardien une garantie des vices de la chose; mais on ne voit guère ce qui, dans ce texte, concernerait une garantie des défaillances physiques. Il ne serait donc pas inconcevable que la première fût admise sans que la seconde le fût.

93. — *A priori* il est donc possible, tant en matière contractuelle que délictuelle, de considérer la condition d'extériorité comme inhérente à la notion même de force majeure; mais il est également possible de n'y voir que l'expression de la responsabilité (ou de la garantie) du fait d'autrui et du fait des choses. Selon que l'on adoptera l'une ou l'autre de ces conceptions, on niera ou l'on admettra la possibilité d'une force majeure intérieure à la personne.

Pour savoir à quelle conception se rallie la jurisprudence, il faut, semble-t-il, distinguer selon le type d'obligation considéré.

94. — En matière contractuelle, les défaillances physiques du débiteur se voient assez souvent reconnaître un effet exonératoire, lorsqu'elles n'étaient pas prévisibles lors de la conclusion du contrat et qu'elles rendent impossible une exécution normale. Les tribunaux admettent alors généralement la force majeure, sans se préoccuper aucunement de la condition d'extériorité (252). La jurisprudence dominante ne reflète pas, en particulier, la distinction proposée en doctrine (253), entre les maladies qui se rattachent essentiellement à l'« être » du débiteur, et celles qui proviennent essentiellement d'un agent extérieur.

(251) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, n° 1298-2, note 6. Rapp. : même ouvrage, n° 1604.

(252) Certains auteurs parlent d'une « conception psychologique de l'extériorité » : cf. PRADEL, La condition civile du malade, thèse Poitiers 1960, nos 71 et s.

(253) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, n° 1588.

Soit, par exemple, le cas du contrat de travail, dont l'exécution normale dépend tout spécialement des capacités physiques. La jurisprudence admet sans hésitation que la maladie du salarié peut constituer pour celui-ci un cas de force majeure (254), et qu'elle « ne doit pas être considérée comme une faute » (255).

S'agit-il là d'une solution propre au droit du travail, et s'expliquant par « l'autonomie » de ce droit ? Il n'en est rien, car la jurisprudence se prononce dans le même sens à propos de bien d'autres contrats que le louage de services.

Relativement au contrat d'engagement théâtral, il a été pareillement jugé que la maladie de l'artiste pouvait constituer pour celui-ci un cas de force majeure, si elle s'était manifestée après la conclusion de la convention (256). De même pour le musicien devant participer à un concert (257).

De façon comparable, un auteur dramatique, empêché de travailler par suite d'une affection dentaire, a pu se prévaloir de la force majeure pour se justifier de n'avoir pas, au terme convenu, remis le manuscrit d'une pièce au directeur d'un théâtre (258).

De même encore, l'état de santé d'un assuré peut justifier la non-déclaration d'un sinistre ou le non-paiement d'une prime à l'échéance. Il en est ainsi, non seulement lorsqu'il s'agit d'une blessure ou d'une commotion d'origine externe, consécutive à l'accident même pour lequel doit jouer la garantie (259), mais encore, le cas échéant, à propos d'une affection interne indépendante du sinistre (260).

En matière de louage de chose, un arrêt particulièrement typique — car il a prononcé cassation — a été rendu par la section commerciale de la Cour de cassation le 10 juin 1958 (261).

Il s'agissait, en l'espèce, d'un preneur commerçant qui s'était engagé, par son bail, à exploiter un commerce dans les lieux loués, mais qui avait ensuite cessé cette exploitation pour raisons de santé. Le bailleur ayant vu dans ce fait un motif légitime de non-renouvellement du bail, le preneur s'était prévalu de la force majeure. Mais la Cour d'appel d'Amiens, par un arrêt du 17 janvier 1956, avait écarté

(254) Civ. 20 décembre 1926, Gaz. Pal. 1927.1.457 (« cas fortuit de maladie »).

(255) Civ., sect. soc., 12 janvier 1956, J.C.P. 1957.II.9724, note G.B. (2^e espèce). Rapp. : Civ., sect. soc. 16 juillet 1953, D. 1955, somm. 10.

(256) Paris 2 novembre 1938, Gaz. Pal. 1939.1.263.

(257) Paris 1^{er} mai 1934 (motifs), D.H. 1934.369.

(258) Paris 7 janvier 1910, D.P. 1910.2.292. Cf. RADOUANT, thèse précitée, p. 22-23.

(259) Req. 9 décembre 1903, D.P. 1904.1.525; Paris 22 juin 1907, S. 1908.2.309; Req. 15 décembre 1908, D.P. 1910.1.527; Lyon 13 décembre 1933 (motifs), D.H. 1934.109; Montpellier 7 mai 1940, D.A. 1941.111.

(260) Civ. 11 avril 1922, D.P. 1925.1.149 (à propos d'un assuré atteint de cirrhose atrophique du foie). Cet arrêt revient sur une jurisprudence antérieure, très rigoureuse, de la Chambre des Requêtes; celle-ci, par un arrêt du 15 juin 1911 (D.P. 1912.1.181) avait écarté la force majeure, en se fondant d'ailleurs sur la prévisibilité de la maladie et non sur son intériorité, mais en considérant cette prévisibilité d'une manière purement abstraite et théorique.

(261) Civ. sect. comm., 10 juin 1958, Bull. civ. 1958, III, n° 239, p. 195.

ce moyen, sans rechercher si l'obstacle allégué était imprévisible et insurmontable, et en se refusant par principe à tenir une déficience physique pour un événement de force majeure. Cette solution se comprenait parfaitement, en effet, si l'on tenait pour absolue la condition d'extériorité.

Or la Cour de cassation a censuré sur ce point la décision des juges d'appel, et ce par les motifs suivants :

« Attendu que pour refuser d'admettre que l'état physique de L... l'avait obligé à abandonner le commerce de peinture dont il avait par son bail l'obligation de continuer l'exploitation, l'arrêt attaqué se borne à énoncer « que cet état physique ne saurait être assimilé à un cas de force majeure »; — attendu qu'en ne recherchant pas si la maladie alléguée ne constituait pas un obstacle imprévisible et insurmontable à l'accomplissement de son obligation et en ne précisant aucune des circonstances d'où elle induisait que la force majeure n'était pas caractérisée, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision... ».

Il est difficile d'ignorer plus délibérément le prétendu caractère d'extériorité de la force majeure : pour la Cour de cassation, on le voit, il n'y avait rien d'autre à considérer que l'imprévisibilité et l'insurmontabilité de l'événement invoqué.

Ainsi, réserve faite de la résistance manifestée par quelques juridictions inférieures (262), on ne peut dire que le droit positif, en matière contractuelle, ignore la force majeure intérieure à la personne du débiteur. Dans des cas très divers, des défaillances physiques imprévisibles et insurmontables sont retenues, comme principe d'exonération, par la jurisprudence (263).

95. — Il s'agit, en effet, de déficiences ou de défaillances physiques (264). Nous ne croyons pas qu'il faille y assimiler la démence, génératrice d'impulsions irrésistibles, mais qui soulève un problème tout différent.

(262) Voir en particulier Trib. civ. Pau 23 novembre 1951 (motifs), Gaz. Pal. 1952.1.123 : « La démence ou la maladie d'une partie ne constitue pas la cause étrangère, le cas de force majeure extérieur au débiteur... ».

(263) Relativement à cette jurisprudence, le Président MEURISSE (De l'influence des états mentaux et de la maladie sur la responsabilité civile, S. 1959, chron., p. 13 et s., spécialement p. 15, col. 1) formule l'objection suivante : « Admettre que la maladie est un cas de force majeure, c'est supposer que la santé est une condition de la responsabilité. C'est ce qu'il faut précisément démontrer ». Mais cette remarque nous paraît relever d'une logique illusoire. Admettre que la foudre ou le verglas peuvent parfois constituer des cas de force majeure, ce n'est pas supposer que le beau temps est une condition de la responsabilité !

(264) Aux défaillances à effet purement corporel, il faut d'ailleurs assimiler celles qui plongent le sujet dans un état d'inconscience (évanouissement, coma, etc.). En effet, à la différence du dément, l'individu inconscient n'a pas une attitude intrinsèquement déraisonnable. Alors qu'on ne conçoit pas un dément avisé, on imagine aisément un homme avisé évanoui.

En effet, si la jurisprudence tient la démence pour exclusive de faute (265), et cela même lorsqu'elle entraîne la transgression d'une obligation déterminée (266), elle raisonne alors sur le terrain particulier de l'imputabilité et non sur celui du contenu de l'obligation. Au plan de l'illicite, il ne paraît guère admissible d'assimiler le dément, qui agit déraisonnablement, à l'individu qui se heurte à la force majeure, et qui, au contraire, est justifié dans la mesure où il établit qu'il a déployé toute la diligence possible (267). Toutefois, si la démence diffère profondément de la force majeure, ce n'est pas parce qu'elle est « interne », c'est simplement parce qu'elle engendre un comportement déraisonnable.

96. — Quoi qu'il en soit, pour s'en tenir au cas ordinaire de la maladie, il faut observer que celle-ci peut être retenue comme événement de force majeure non seulement dans le domaine contractuel, mais aussi en matière d'obligations légales.

Parfois, pourtant, la jurisprudence s'est montrée rigoureuse. Par un ancien arrêt, du 16 mars 1864 (268), la Chambre civile de la Cour de cassation, à propos de la déchéance d'un brevet d'invention, a paru exclure toute force majeure résultant de la maladie. L'arrêt se fondait, il est vrai, sur la considération de la prévisibilité, mais il appréciait celle-ci de façon toute théorique et abstraite.

Mais plus récemment, pour d'autres obligations légales, la jurisprudence a admis que la maladie pouvait constituer une véritable force majeure. Ainsi pour l'obligation, imposée au propriétaire exerçant son droit de reprise, de réoccuper les lieux dans les trois mois suivant l'expulsion (269). A plusieurs reprises, la maladie (ou le décès) du propriétaire a été retenue comme force majeure en ce domaine, notamment par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 1^{er} juin 1954 (270).

97. — Mais qu'en est-il, si l'on passe des obligations proprement dites aux simples devoirs généraux sanctionnés par la responsabilité délictuelle ? Pour que la question se pose, il faut, bien entendu, qu'il

(265) Voir *infra*, n° 108.

(266) Trib. civ. Metz 8 février 1951, D. 1951.306. *Contra* : Trib. civ. Pau 23 novembre 1951, Gaz. Pal. 1952.1.123.

(267) L'assimilation de la démence à la force majeure, admise en droit romain (Ulpien l. 5, § 2 *ad Legem Aquiliam* 9, 2), se retrouve encore dans certains arrêts anciens : cf. Rouen 8 juin 1869 et Req. 18 janvier 1870, D.P. 1871.1.54. Rapp. : LABBÉ, De la démence au point de vue la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile, Rev. crit. légis. et juris., 1870, p. 109; SOURDAT, Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, 6^e éd., t. I, n° 16; LENOAN, concl. sous Civ. 28 avril 1947, D. 1947.329.

(268) D.P. 1864.1.158.

(269) Loi du 1^{er} avril 1926, art. 7; loi du 28 mars 1947, art. 6; loi du 1^{er} septembre 1948, art. 60.

(270) Bull. civ. 1954, IV, n° 381, p. 287; Rev. Loyers 1954.521; J.C.P. 1954.IV.124. Voir dans le même sens les décisions citées par MM. H. et L. MAZEAUD, Responsabilité civile, 4^e éd., t. II, n° 1589.

s'agisse de devoirs « déterminés », engendrant une responsabilité qui ne peut être écartée que par la preuve de la force majeure. Il y a lieu, alors, de se demander, si cette force majeure peut être une déficience ou une défaillance physique. Mais la réponse n'est pas nécessairement uniforme, car les devoirs déterminés n'ont pas tous le même fondement, et par conséquent, le même contenu de diligence ou de garantie.

98. — Soit, par exemple, le devoir d'un instituteur d'empêcher ses élèves de causer des dommages, tel qu'il résultait de l'article 1384 C. civ. avant la loi du 5 avril 1937. La jurisprudence avait souvent une regrettable tendance à admettre que la présomption pesant sur l'instituteur ne pouvait être détruite que par la preuve de la force majeure. Mais elle admettait que celle-ci pût être d'origine interne. Ainsi un instituteur, qui s'était éloigné de ses élèves pour satisfaire un besoin naturel anormalement impérieux, a été reconnu fondé à invoquer la force majeure (271).

99. — En revanche, c'est une solution inverse qui paraît prévaloir à propos du devoir de contrôle pesant sur le gardien d'une chose inanimée (art. 1384, al. 1^{er}). Ici il est incontestable qu'il ne s'agit plus de simple diligence, même poussée au maximum du possible, mais, à certains points de vue, d'une véritable garantie. On a déjà vu que le gardien, même parfaitement diligent, est responsable si une défaillance mécanique de la chose lui en fait perdre le contrôle (272). Car, selon les termes mêmes de la Cour de cassation (273), il assume la responsabilité de certains risques. Parmi ceux-ci, faut-il inclure le risque d'une défaillance physique imprévisible et insurmontable? Cela ne semble guère douteux.

En effet la jurisprudence dominante (qui, à vrai dire, n'émane que de cours d'appel) se prononce, en cette matière, dans le sens de l'exclusion de toute force majeure d'origine interne (274). La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé, le 20 novembre 1956, que l'automobiliste qui cause un accident par suite de perte de conscience au volant, n'échappe pas, de ce fait, à la responsabilité résultant de l'article 1384 al. 1^{er} C. civ. (275). Adoptant la même solution, la Cour d'appel de Nîmes, par un arrêt du 13 mars 1961 (276), a très nettement dégagé les raisons qui lui paraissaient militer en ce sens : « Attendu — énonce cet arrêt — qu'il est de principe constant et certain

(271) Trib. civ. Blaye 8 mars 1907, D.P. 1908.2.249; Bordeaux 1^{er} juin 1908, *ibid.*; Req. 19 mai 1909, D.P. 1910.1.27 (voir sur cette espèce : RADOUANT, thèse précitée, p. 148-149).

(272) Voir *supra*, n° 92.

(273) Civ. 2^e sect. 6 mars 1959, Gaz. Pal. 1959.2.12.

(274) Voir pourtant, en sens contraire : Trib. civ. Avignon 23 novembre 1949 (motifs), D. 1950.153.

(275) Aix-en-Provence 20 novembre 1956, J.C.P. 1957.IV.137.

(276) Nîmes, audience solennelle, 13 mars 1961, J.C.P. 1961.II.12360, note ESMEIN.

que l'exonération ne résulte que d'événements dont la preuve est à la charge du gardien et dont les caractères nécessaires sont l'extériorité par rapport à celui-ci, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité; attendu qu'une obnubilation passagère des facultés intellectuelles, qu'elle soit qualifiée de démence au sens de l'article 64 C. pénal ou qu'elle procède d'un quelconque malaise physique, n'est pas un événement susceptible de constituer une cause de dommage extérieure ou étrangère au gardien puisqu'il est lié à ses fonctions vitales et se rattache à son être même... (277) » (par suite, une absence épileptique n'a aucun effet exonératoire).

Plus récemment encore — le 28 novembre 1961 — la Cour d'appel de Paris (statuant sur la responsabilité d'un sportif qui, en s'entraînant au lancement du marteau, avait perdu le contrôle de celui-ci) a écarté la force majeure par un motif analogue. L'arrêt énonce « qu'une défaillance physique... ne saurait constituer un cas de force majeure ou un cas fortuit de nature à exonérer H... de la présomption de responsabilité pesant à son encontre » (278).

100. — Cette solution peut assurément surprendre, dans la mesure où elle contraste avec celle qui paraît triompher en matière contractuelle. D'où l'observation de M. Esmein, annotant l'arrêt précité de la Cour de Nîmes : « Si l'on entrait dans la voie de considérer que la maladie de l'homme, pas plus que celle d'un animal, ou d'un bois ou d'un métal, ne constitue pas une force majeure, il faudrait déclarer responsable de l'inexécution d'un travail auquel il s'est engagé celui qui en est empêché par la maladie ».

Mais, à la réflexion, on ne verra pas une véritable contradiction entre ces jurisprudences apparemment opposées. Pourquoi, en effet, des obligations de nature différente ne pourraient-elles être appréciées différemment? Que la plupart des obligations contractuelles déterminées n'imposent au débiteur, en définitive, qu'une diligence extrêmement poussée, cela n'est pas incompatible avec l'idée qu'un devoir dont le fondement est tout différent (il repose pour partie sur la considération du risque créé) impose une véritable garantie de l'anormal.

101. — Ce que la logique semble exiger, en revanche, c'est que, dans tous les domaines où des circonstances internes sont admises comme événements de force majeure, on admette par analogie (nous

(277) Cette dernière formule se réfère à la distinction, proposée en doctrine, entre les maladies se rattachant essentiellement à l'« être » du débiteur et celles qui proviennent essentiellement d'un agent extérieur (MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, n° 1588). Mais il faut observer que M. TUNC écarte cette distinction en matière délictuelle, pour l'application de l'article 1384 al. 1^{er} C. civ., pour estimer qu'alors la défaillance physique n'est jamais un cas de force majeure (n° 1604).

(278) Paris 28 novembre 1961, D. 1962.619 et note NOIREL. Dans cette note, M. NOIREL considère comme « souvent excessif » le principe selon lequel l'événement de force majeure doit en toute hypothèse être extérieur à l'agent et à la chose dont il a la garde (sous-note 9, p. 624, col. 2).

serions même tenté de dire : *a fortiori*) que ces mêmes circonstances internes soient prises en considération pour apprécier l'impossibilité résultant d'un événement extérieur. Et qu'à l'inverse, dans les cas où la force majeure interne est exclue, aucune donnée subjective ne soit retenue pour apprécier l'impossibilité. Mais on touche ici au second problème que soulève, sur le plan de l'abstrait et de l'individuel, l'appréciation de la force majeure : celui du caractère relatif ou absolu de l'impossibilité.

§ 2. — IMPOSSIBILITÉ RELATIVE ET IMPOSSIBILITÉ ABSOLUE

102. — Il faut préciser tout d'abord que nous entendons ici, par impossibilité, aussi bien l'impossibilité de prévoir la cause étrangère (imprévisibilité) que l'impossibilité d'y résister (irrésistibilité). Et de cette dernière, nous ne séparons pas l'impossibilité d'exécuter normalement l'obligation.

Il convient de préciser encore que l'impossibilité « absolue » est ici comprise comme celle qui existe à l'égard de quiconque, et nullement comme une impossibilité rigoureuse et totale, par opposition à l'extrême difficulté. Il n'entre pas dans l'objet de la présente recherche de prendre parti sur le point de savoir si la force majeure suppose véritablement une rigoureuse impossibilité (à vrai dire, nous n'en croyons rien).

Sous cette réserve, le problème de l'impossibilité absolue ou relative se pose dans les termes suivants : une personne peut-elle invoquer comme cas de force majeure un événement qu'il lui a été impossible de prévoir et de surmonter, alors que cela eût été possible à une personne dotée d'aptitudes normales ?

La loi française ne fournit à cet égard aucune directive (279). Mais la doctrine enseigne très généralement que l'imprévisibilité et l'irrésistibilité (ainsi que l'impossibilité d'exécuter, pour ceux qui en font une condition distincte) s'apprécient *in abstracto* (280). Cette opinion, toutefois, ne nous paraît devoir être admise qu'avec quelques nuances.

(279) Au contraire, le Code civil allemand (art. 275) attache en principe les mêmes effets à l'impossibilité absolue et à l'impossibilité relative (impuissance). Mais cela sous une importante réserve touchant les dettes de choses de genre (art. 279), réserve qui conduit à exclure toute force majeure « pécuniaire ». Voir sur ce point RADOUANT, thèse précitée, p. 100 et 101.

(280) Voir notamment : RADOUANT, thèse précitée, p. 47 et s., 146, 151, 195; note sous Paris 30 juin 1958, J.C.P. 1959.II.11105; v° Force majeure, nos 16, 23 et 31, in Répertoire Dalloz de Droit civil. BONNECASE, supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, nos 273, 280-281. PLANIOL, RIPERT et RADOUANT, Traité pratique de Droit civil français, t. VII, 2^e éd., n° 839. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, nos 1572 et 1576. *Contra* : A. COLIN, note sous Paris 13 novembre 1903, D.P. 1904.2.73 (l'impossibilité relative est ici appelée cas fortuit); R. ROGER, note sous Orléans 21 mai 1924, D.P. 1925.2.28 (spécialement p. 31, col. 2).

103. — Les particularités psychologiques qui empêchent de prévoir un événement extérieur, ou de réagir judicieusement en présence de cet événement, ne sauraient assurément être prises en considération. On a déjà vu, en effet, que ces particularités sont inopposables même pour l'appréciation de la simple diligence. Or celui qui n'a pas fourni la diligence requise, et qui a donc agi de façon intrinsèquement illicite, n'est évidemment pas fondé à se prévaloir de la force majeure.

Aussi bien une jurisprudence constante se réfère-t-elle, ici encore, au type abstrait de l'homme avisé, notamment en ce qui concerne la prévisibilité. D'après une formule employée par la Cour de cassation, les événements de force majeure « échappent à toutes les prévisions humaines » (281). Selon le cas on se référera aux facultés de prévision d'un « conducteur prudent » (282) ou d'un « chauffeur prudent » (283), d'un « cultivateur averti » (284), etc. On s'interrogera sur la probabilité de l'événement « aux yeux d'un débiteur prudent, informé et clairvoyant » (285). De même on appréciera l'insurmontabilité par rapport à un débiteur « vigilant et avisé » (286). Les tribunaux disent parfois, en matière contractuelle, que l'obstacle de force majeure est celui « que n'a pu empêcher la vigilance du bon père de famille » (287). Ou bien encore, dans les domaines les plus divers, ils déniaient la force majeure en observant que d'autres personnes ont su, dans la même conjoncture, faire montre d'une prévoyance (288), d'une initiative (289) d'une adresse (290) ou d'un courage (291) supérieurs à ceux du sujet en cause.

Mais en résulte-t-il qu'aucune circonstance personnelle ne puisse jamais être prise en considération pour apprécier la possibilité de surmonter un obstacle extérieur? Il serait téméraire de l'affirmer de façon absolue.

En effet, ne pourrait-on tenir compte des particularités individuelles compatibles avec le type général de l'homme droit et avisé, particularités physiques, par exemple, ou d'ordre économique?

(281) Civ. 21 janvier 1918, D.P. 1918.1.9. C'est le rappel d'une formule traditionnelle : « *Quod humano ceptu praevideri non potest, nec cui praeviso potest resisti* » (VINNIUS, *Partit. juris*, liv. II, cap. 64).

(282) Civ. 10 janvier 1939, S. 1939.1.86.

(283) Civ. 1^{re} sect., 23 mai 1955, D. 1955.504.

(284) Civ. 2^e sect., 24 décembre 1957, Bull. civ. 1957, II, n° 816, p. 528.

(285) Oran 16 mai 1958, S. 1959.12, note Rodière.

(286) Même décision.

(287) Alger 19 novembre 1907, S. 1908.2.309. Montpellier 28 octobre 1930, S. 1931.2.216.

(288) Civ. sect. comm. 29 octobre 1952, D. 1953.53, S. 1953.1.96 (rejetant le pourvoi formé contre Tunis 26 octobre 1949, S. 1951.2.169, note JAMBU-MERLIN); Civ. sect. comm. 27 avril 1953, D. 1953.422, J.C.P. 1953.II.7676.

(289) Civ. 1^{re} sect., 13 octobre 1954, J.C.P. 1954.IV.153.

(290) Civ. 2^e sect., 15 juin 1961, Bull. civ. 1961, II, n° 456, p. 326. Rapp. : Orléans 21 mai 1924, D.P. 1925.2.28, note ROGER.

(291) Orléans 14 juillet 1871, S. 1872.2.237; Trib. civ. Versailles 17 octobre 1872, S. 1873.2.256; Trib. civ. Seine 31 janvier 1917, Gaz. Pal. 6 août 1917; Req. 3 juillet 1918, Gaz. Trib. 1918.1.71.

104. — En ce qui concerne ces dernières, il est vrai, on admet communément qu'elles sont inopposables, notamment dans les relations commerciales. Si, en effet, un commerçant ou un industriel prétend que des événements extérieurs (par exemple une guerre) l'ont empêché de fournir la prestation promise, mais s'il est constant que d'autres commerçants ou industriels, placés dans la même conjoncture, ont pu surmonter l'obstacle allégué, il sera certainement jugé en faute (292), sans que l'ont ait égard à la structure particulière de son entreprise. Mais qu'en conclure? Si le débiteur considéré a manqué d'initiative ou de ténacité, on retombe dans le cas des infériorités d'ordre psychologique, incompatibles avec le type du bon père de famille. Et s'il s'agit d'une insuffisance de personnel, d'outillage, de stocks ou de ressources, il est clair qu'on lui reprochera à bon droit de ne pas s'être assuré des moyens suffisants, ou d'avoir contracté des engagements supérieurs aux moyens dont il pouvait disposer. Il a donc manqué de prévoyance, et ici encore ne s'est pas comporté en homme avisé.

Mais dans d'autres cas, où ce reproche ne saurait raisonnablement être fait, la force majeure peut être appréciée en tenant compte des ressources de la personne obligée. Par exemple, la Cour de cassation a admis que la crise du logement pouvait constituer un cas de force majeure pour des gens condamnés à évacuer le local qu'ils occupaient (293). Or il est bien évident qu'un tel obstacle n'est insurmontable que compte tenu des ressources limitées de ceux qui l'invoquent. On voit par là combien il est hâtif de prétendre que les données pécuniaires sont systématiquement exclues dans l'appréciation de la force majeure.

105. — En ce qui concerne les inaptitudes d'ordre physique, il faut reconnaître que le problème ne se posera à peu près jamais de façon cruciale. En effet, une fois écarté le cas de la défaillance physique subite (qui se rattache normalement à la question, déjà examinée, de la force majeure d'origine interne), il va de soi que l'homme avisé s'abstiendra d'entreprendre une activité ou de contracter un engagement, s'il se sait atteint d'une déficience corporelle l'empêchant de surmonter les obstacles qui viendront se dresser sur sa route. L'inaptitude physique particulière, qui empêcherait un homme avisé de surmonter un obstacle extérieur imprévisible, ce n'est donc guère qu'une hypothèse d'école.

Imaginons pourtant le cas. Un débiteur, qui devait accomplir un acte déterminé en un moment et en un lieu précis, s'en trouve empêché par des agresseurs qui, de la façon la moins prévisible, s'attaquent à lui et le séquestrent. Il est évident qu'on le jugera exonéré par la force majeure (*lato sensu*) s'il est constant qu'il ne pouvait matériellement triompher de ses assaillants ni reprendre sa liberté,

(292) Voir notamment les arrêts relevés par M. RADOUANT, thèse précitée, p. 30-31.

(293) Civ. 1^{re} section 21 octobre 1952, S. 1953.1.114.

et qu'on ne se demandera nullement si un homme plus vigoureux n'aurait pas pu, dans la même situation, repousser l'attaque ou briser ses liens. Ici encore il n'est nullement exclu que l'on prenne en considération des données individuelles, dans la mesure où celles-ci empêcheraient même un homme avisé de faire face normalement à ses engagements.

Il en irait autrement, toutefois, dans les domaines où existe une véritable garantie de l'anormal (c'est-à-dire ceux où, par ailleurs, la force majeure d'origine interne n'est pas admise). Ainsi le gardien d'une chose, quelles que soient ses dispositions physiques, est certainement responsable du dommage causé par cette chose, s'il ne réagit pas normalement aux événements extérieurs fortuits. Puisque l'on n'admet pas qu'une défaillance physique d'origine purement interne puisse dégager sa responsabilité (294), il est évident qu'il ne sera pas non plus exonéré s'il a perdu le contrôle de son véhicule, par exemple, par suite d'une crise cardiaque provoquée par un choc nerveux d'origine externe (ainsi dans le cas de la foudre tombant à proximité d'un sujet prédisposé à la défaillance cardiaque). Celui qui ne peut invoquer une force majeure d'origine interne est garant de sa propre « normalité », et par suite sa faculté de résistance aux événements fortuits doit être appréciée de façon absolue et non relative.

106. — L'appréciation de la force majeure n'obéit donc pas à des règles uniformes. Qu'il s'agisse de la condition d'extériorité par rapport à la personne, ou de l'appréciation absolue ou relative de l'impossibilité, à ces deux points de vue il faut faire une distinction entre les obligations à propos desquelles le sujet est garant de tout ce qu'il peut y avoir en lui d'anormal (ainsi le gardien d'une chose (295)) et celles qui n'incluent pas une telle garantie (la majorité des obligations déterminées, notamment en matière contractuelle). Dans le premier cas, l'inopposabilité des particularités personnelles est totale et absolue. Dans le second cas, elle ne l'est que s'il s'agit de défauts psychologiques; mais les autres particularités individuelles peuvent parfois se révéler comme événements de force majeure ou conférer ce caractère à un obstacle extérieur.

Mais quel que soit le genre d'obligations que l'on considère, il n'en reste pas moins que l'appréciation ne s'opère jamais de façon véritablement concrète. En effet, que le type de référence soit ou non conçu comme pleinement normal et « standard », il est, dans tous les cas, conforme au modèle général de l'homme droit et avisé. C'est en ce sens que l'on peut dire, en toute hypothèse, que la force majeure s'apprécie *in abstracto*.

(294) Voir *supra*, n° 99.

(295) La portée de cette garantie est toutefois réduite par la jurisprudence selon laquelle le dément ne peut être considéré comme gardien (arrêt de principe : Civ. 28 avril 1947, D. 1947.329, concl. LENOAN, note LALOU; S. 1947.I.115; J.C.P. 1947.II.3601, note J.D.).

107. — *Conclusion du chapitre.* — Au terme de cette analyse, il est donc permis de reconnaître une portée très générale à la règle selon laquelle l'appréciation de l'illicite s'opère *in abstracto*. Qu'il s'agisse en effet du devoir de ne pas nuire volontairement, des devoirs et obligations de prudence et de diligence, des devoirs et obligations déterminés, ces différentes normes, aussi bien en matière délictuelle que contractuelle, se déterminent, chaque fois qu'une appréciation est nécessaire, par référence à l'attitude d'un homme droit et avisé placé dans les circonstances de la cause. Tout au plus faut-il faire réserve de deux exceptions de portée limitée, en matière contractuelle (l'une tenant à l'autonomie de la volonté, l'autre résultant de l'article 1927 C. civ.).

On a vu, toutefois, que ce principe d'appréciation *in abstracto* doit être entendu de façon nuancée, compte tenu de deux observations importantes.

D'une part, en effet, il n'interdit pas de prendre parfois en considération certaines inaptitudes particulières. Certes les infériorités d'ordre psychologique, incompatibles avec le type abstrait du bon père de famille, ou de l'homme droit et avisé, sont nécessairement ignorées. Mais les infériorités qui peuvent affecter ce type de référence, et spécialement les inaptitudes physiques, sont susceptibles d'être retenues (sauf dans le cas de devoirs déterminés incluant une véritable garantie, comme celui qui pèse sur le gardien d'une chose). En ce qui concerne ces inaptitudes, la primauté de l'abstrait se manifeste seulement en ceci : le sujet moins capable doit s'efforcer, autant qu'il le peut raisonnablement, d'égaliser l'opportunité de sa conduite à celle du comportement d'un homme normal.

D'autre part — et c'est la seconde observation à retenir —, les tribunaux n'hésitent pas, ainsi qu'on l'a constaté, à prendre en considération des aptitudes supérieures à la normale, dans la mesure où celles-ci permettent au sujet mieux doué ou plus instruit d'agir de façon particulièrement judicieuse.

En résumé, l'appréciation de l'illicite s'opère par comparaison avec le type abstrait de l'homme droit et avisé; mais les circonstances aussi bien internes qu'externes peuvent être retenues pour situer ce type de référence, dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec lui.

Est-ce à dire, pourtant, que certaines déficiences mentales — qui, elles, empêchent de se conduire raisonnablement — ne puissent pas également jouer un rôle dans l'appréciation de la faute? Si elles ne peuvent influencer l'illicite, ne sont-elles pas de nature à être prises en considération sur le terrain de l'imputabilité? Et ne doit-on pas en déduire que celle-ci s'apprécie véritablement *in concreto*? Tel est le problème qu'il convient d'examiner dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

L'appréciation de l'imputabilité

108. — Nul n'ignore que le mot « imputabilité » peut revêtir, dans la langue juridique, des acceptions très différentes. Parfois il n'exprime rien d'autre que l'idée générale de responsabilité. Parfois il est employé à propos du problème de la causalité. Mais il revêt en outre un sens spécial — qui nous intéresse directement ici —, dans la mesure où l'on fait souvent de l'imputabilité un élément particulier de la faute, distinct de l'illicite. Dans une telle conception, celui qui enfreint une obligation ou un devoir juridique n'est pas pour cela nécessairement en faute : il ne l'est que si ce manquement lui est « imputable ».

Ainsi entendue, la notion d'imputabilité intervient, en droit positif, lorsque l'on se trouve en présence de sujets considérés comme totalement dépourvus de raison (1). La jurisprudence, on le sait, pose en effet en principe qu'aucune faute ne peut être retenue à la charge de tels individus, qu'il s'agisse d'enfants en bas âge (2), de

(1) En revanche, il ne saurait être question d'y rattacher l'effet juridique de la force majeure. On a déjà dit (voir *supra*, n° 88) que la force majeure exerce son influence sur le contenu même des devoirs et obligations, celui qu'elle exonère entièrement ayant fait tout ce qu'il était tenu de faire. Très différent est le cas où un individu qui s'est conduit déraisonnablement, et qui a nui à autrui par un comportement incontestablement illicite, se voit cependant déclarer exempt de faute. Voir sur ce point : RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, n° 41.

(2) Civ. sect. soc. 25 juillet 1952, D. 1954.310 et note R. SAVATIER; Civ. sect. soc. 9 mai 1953, Gaz. Pal. 1953.2.118; Civ. sect. soc. 31 janvier 1957, Gaz. Pal. 1957.1.340; Civ. 2° sect. 8 avril 1957 (motifs), J.C.P. 1957.IV.77; Civ. 2° sect. 12 novembre 1959 (motifs), Bull. civ. 1959.II, n° 722, p. 472; Civ. sect. soc. 24 mars 1960 (motifs), Gaz. Pal. 1960.1.371. Aix 19 juin 1877, D.P. 1879.5.365; Trib. civ. Châlon-sur-Saône 6 avril 1929 (motifs), D.H. 1929.359; Poitiers 17 décembre 1934, Gaz. Pal. 1935.1.333; Trib. civ. Guingamp 13 mars 1935, Gaz. Pal. 1935.2.717, sous-note; Paris 9 février 1942, Gaz. Pal. 1942.1.225; Grenoble 5 novembre 1952 (motifs), Gaz. Pal. 1952.2.405; Paris 5 juin 1959 (motifs) D. 1959 somm. 76; Trib. civ. Lille 15 mars 1961, J.C.P. 1961.IV.183.

déments (3) ou de personnes ayant perdu connaissance (4). En dépit de la résistance parfois manifestée par certaines juridictions inférieures (5), cette solution demeure solidement établie. Elle a donné lieu à d'innombrables analyses doctrinales (6), qui nous dispensent d'y insister. Dans le cadre de la présente recherche, nous avons seulement à faire la part de l'abstrait et du concret dans cette appréciation d'imputabilité.

109. — Ce n'est pas à dire que nous nous interdisions, une fois au terme de cet examen, de prendre parti sur le principe même de cette jurisprudence. Nous croyons en effet — tout en adoptant une démarche un peu différente — qu'il y a une vérité profonde dans la

(3) Req. 14 mai 1866, D.P. 1867.1.296, S. 1866.1.237; Req. 21 octobre 1901, D.P. 1901.1.524 et rapport LETELLIER, Gaz. Pal. 1901.2.614, S. 1902.1.32; Civ. sect. soc. 4 mai 1951, D. 1951. 561 et note LALOU (1^{re} espèce); Civ. sect. soc. 21 mars 1952 (motifs), Gaz. Pal. 1952.1, tables, v^o Bail, n^{os} 117 et s.; Civ. 2^e sect. 15 mars 1956, J.C.P. 1956.II.9297 et note ESMEIN; Civ. 2^e sect. 5 mai 1959, J.C.P. 1959.IV.74. Caen 2 décembre 1853, D.P. 1855.2.117; Lyon 22 février 1871, S. 1871.2.8, D.P. 1872.2.133; Lyon 31 décembre 1904, sous Req. 31 juillet 1906, D.P. 1907.1.315 et note M.P.; Lyon 6 janvier 1928, Mon. jud. Lyon 17 août 1928; Trib. civ. Fontainebleau 28 février 1936, Gaz. Pal. 1936.1.770; Trib. civ. Clamecy 9 juin 1943, Gaz. Pal. 1943.2.94; Nancy 13 décembre 1949, Rec. Nancy 1950.70, D. 1950 somm. 48, Gaz. Pal. 1950.1, tables, v^o Responsabilité civile, n^{os} 41 et s.; Paris 23 juin 1950, J.C.P. 1950.II.5855 et note RODIÈRE, Gaz. Pal. 1950.2.209; Trib. civ. Metz 8 février 1951, D. 1951.306; Toulouse 19 novembre 1951, J.C.P. 1952.II.6930 et note CORNU; Grenoble 5 novembre 1952 (motifs), Gaz. Pal. 1952.2.405; Trib. civ. Nice 13 novembre 1953, D. 1954.143; Rouen 10 mai 1955, D. 1955.515; Aix 18 janvier 1962, J.C.P. 1962.II.12892 et note SAVATIER; Paris 21 juin 1962 (motifs), J.C.P. 1962.II.12890 et note P.E.

(4) Voir spécialement, comme se référant à la notion d'imputabilité : Paris 8 février 1952, D. 1952.361 et note LALOU, J.C.P. 1952.II.6799 et note H.B.; Trib. civ. Metz 19 mars 1953, Rev. Als.-Lorr. 1953.364, Gaz. Pal. 1953.2, tables, v^o Responsabilité civile, n^{os} 37-38; Montpellier 17 décembre 1954, Gaz. Pal. 1955.1.79 (ces décisions sont d'ailleurs très discutables en ce qui concerne la charge de la preuve : cf. Civ. 2^e sect. 3 novembre 1955, D. 1956.78, Gaz. Pal. 1956.1.21; Civ. 2^e sect. 5 avril 1962, Gaz. Pal. 1962.1.431, D. 1963.78). S'il est certain que la perte de conscience, survenant inopinément, est tenue pour exclusive de faute (voir en outre les arrêts cités *supra*, n^o 36), on observera cependant que cette solution pourrait être justifiée sur le seul terrain de l'illicéité; les devoirs de prudence et de diligence se déterminent en effet par référence à l'attitude de l'homme avisé placé dans les mêmes circonstances que le sujet en cause; or, si l'on n'imagine pas un *infans* ou un fou avisé, on conçoit fort bien que l'homme avisé puisse perdre conscience par suite d'un malaise physique.

(5) Montpellier 31 mai 1866, S. 1866.2.259, D.P. 1867.2.3; Trib. civ. Perpignan 15 mai 1907, D.P. 1907.5.38; Trib. civ. Marseille 28 janvier 1935, cité en note sous Toulouse 3 novembre 1937, Gaz. Pal. 1937.2.866 (p. 867, col. 2); Trib. civ. Lyon 21 octobre 1938 (motifs), Gaz. Trib. 2 mars 1939; Trib. civ. Pau 23 novembre 1951 (dans le domaine contractuel), Gaz. Pal. 1952.1.123.

(6) Voir notamment : SOURDAT, Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, 6^e éd., t. I, n^o 16; JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, 3^e éd., t. II, n^o 457; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE Traité de droit civil, Obligations, t. IV, n^o 2857; DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. III, n^{os} 302 et s.; AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 6^e éd. par P. ESMEIN, t. VI, § 444 bis; PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. VI par P. ESMEIN, 2^e éd., n^{os} 496 et s.; RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil, éd. 1957, t. II, n^{os} 957 et s.; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Traité de droit civil de COLIN et CAPITANT, t. II, n^{os} 1116 et s.; RODIÈRE, La responsabilité civile, n^{os} 1407 et s.;

théorie élaborée par MM. Henri et Léon Mazeaud, se prononçant sur la question de l'imputabilité en fonction de la réponse donnée au problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* de la faute (7). Certes nous ne méconnaissons pas que l'appréciation de la faute civile dépend du point de savoir si l'imputabilité est véritablement un élément de celle-ci. Il peut donc sembler curieux d'inverser l'ordre de cet enchaînement logique, et d'admettre que la solution du problème de l'imputabilité puisse dépendre du mode d'appréciation de la faute; comment, en effet, aura-t-on déterminé celui-ci, si l'on n'a pas préalablement résolu la question de l'imputabilité? Faute de l'avoir fait, n'aura-t-on pas déterminé seulement le mode d'appréciation de l'illicite, ce qui laisserait entière la question de l'imputabilité? Mais l'objection, en réalité, n'est pas fondée. Si l'on constate, en effet, que dans de nombreux cas, s'en tenant à la seule appréciation *in abstracto*, les tribunaux retiennent comme fautes des manquements dont l'imputabilité morale et psychologique est fort problématique, il est possible d'en conclure qu'ils manifestent par là le caractère impraticable d'un système de responsabilité civile ayant véritablement égard à « l'imputabilité ». Si tel est le cas, il faut seulement observer que la mise à l'écart de la condition d'imputabilité n'est pas une conséquence du recours à l'appréciation *in abstracto*, et qu'au contraire elle le précède logiquement. Mais cela dit, il n'est pas interdit de la mettre en lumière à partir de l'observation de ce mode d'appréciation, comme on discerne un principe en constatant sa mise en œuvre.

R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile, 2^e éd., t. I, n^{os} 199 et s.; MAZEAUD et TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. I, n^{os} 448 et s. LABBÉ, De la démence au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile, Rev. crit. légis. et jurispr. 1870, p. 107 et s.; BOSC, Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, thèse Montpellier 1901, p. 28 et s.; CORBESCO, Devoirs moraux et obligations légales, thèse Paris 1903, p. 201 et s.; PASCAUD, La responsabilité des aliénés, Rev. crit. légis. et jurispr. 1905, p. 219 et s.; ORSAT, De l'imputabilité en matière de responsabilité civile, thèse Paris 1912; LE COINTE, Du fondement de la responsabilité civile et de la réparation du dommage causé par des incapables, thèse Paris 1912; LEDOS, De la responsabilité civile des incapables, thèse Paris 1918; BETTREMIEUX, Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, thèse Lille 1921, n^o 71; NÉAGU, La responsabilité civile extracontractuelle de l'aliéné, thèse Paris 1927; BRETON, note sous Montpellier 30 juillet 1930, S. 1931.2.33; LIMOUZINEAU, Le problème de la responsabilité civile extracontractuelle de l'aliéné en France, thèse Dijon 1932; RIVIÈRE, La responsabilité civile de l'inconscient, Sem. jur. 1935.1169; ROGER, De la responsabilité pénale et civile de l'aliéné, Gaz. Pal. 1939, doc. p. 9; NERSON, note sous Trib. civ. Pau 19 octobre 1945, S. 1947.2.25; RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, n^{os} 42 et s.; STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris 1947, p. 88 et s.; BLANC-JOUVAN, La responsabilité de l'« infans », Rev. trim. droit civil 1957, p. 28 et s.; MEURISSE, De l'influence des états mentaux et de la maladie sur la responsabilité civile, S. 1959, chron., p. 13 et s.; PRADEL, La condition civile du malade, thèse Poitiers 1960, n^{os} 91 et s. Rapp. : LAFON, La responsabilité civile du fait des malades mentaux, thèse Paris 1958, n^{os} 6 à 29 et n^{os} 164 et s.

(7) Cf. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n^{os} 448 et s.

110. — Mais encore faut-il, pour arriver à de telles conclusions, que l'on puisse déceler, dans la jurisprudence, un refus de l'appréciation concrète de l'imputabilité. Or, pour décider si un individu est responsable de ses actes, n'est-ce pas cet individu même que les juges considèrent ? En effet il serait absurde de nier qu'il entre des éléments concrets dans l'appréciation de l'imputabilité. Mais celle-ci, en certains cas et sur certains plans, ne fait-elle pas intervenir aussi des éléments abstraits ? Pour pouvoir émettre un jugement fondé, il faut donc examiner le rôle respectif de ces deux sortes d'éléments.

Section I

LES ÉLÉMENTS CONCRETS DANS L'APPRECIATION DE L'IMPUTABILITÉ

111. — Lorsqu'ils ont à décider si un individu jouissait ou non d'une raison suffisante pour que ses actes puissent lui être imputés, il n'est pas douteux que les tribunaux observent la personne du sujet en cause, et ne se demandent pas si un homme abstrait et théorique, mis à la place de celui-ci, aurait été doué de raison.

Parfois, pourtant, un certain recours à l'appréciation *in abstracto* ne serait pas inconcevable. Le droit pénal présume irresponsables les mineurs de 18 ans, et cette présomption est même absolue pour les mineurs de 13 ans (ordonnance du 2 février 1945, art. 2). Le droit romain admettait que l'*infantia* durait jusqu'à 7 ans, et ne laissait au juge un pouvoir d'appréciation que dans le cas des *infantiae proximi*, ayant dépassé de peu cet âge. De la même façon, diverses législations étrangères, tenant compte de l'imputabilité dans le domaine de la responsabilité civile, établissent des seuils d'âge conduisant dans certains cas à une appréciation abstraite (8). Il s'agit là d'un procédé bien connu de « quantification » de la norme juridique, qui a l'avantage de couper court à toute difficulté de preuve et à toute contestation. Mais chacun sait qu'aucune règle de ce genre n'existe dans notre droit en matière de responsabilité civile. On sait également que l'interdiction judiciaire est sans influence, en elle-même, sur la responsabilité. La question de savoir si un individu possède assez de raison pour que ses actes puissent lui être imputés est donc une pure question d'espèce, qui ne saurait être résolue que de façon individuelle (9).

(8) Voir notamment : Code civil allemand, § 828; Code civil autrichien, art. 1309; Code civil grec, art. 916 et 917.

(9) Voir sur ces points : MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n^{os} 449 et s.

112. — Il s'ensuit que les juges du fond s'exposent à la censure de la Cour de cassation lorsque, à propos de jeunes enfants, ils admettent l'absence d'imputabilité sur la base d'une expérience générale qui pourrait, dans le cas particulier, se trouver contredite en fait. Telle décision est cassée pour avoir énoncé « qu'à leur âge (7 et 8 ans), les jeunes R... n'étaient pas capables de mesurer la gravité de leur imprudence »; en effet la Cour de cassation reproche alors aux juges de s'être prononcés « en fondant le défaut de discernement des enfants sur leur âge seulement, sans rechercher si en fait ces enfants étaient capables de discernement » (10). Relevons encore, dans une autre espèce, ce motif de cassation (il s'agissait d'un enfant de 6 ans) : « Attendu que... la Cour d'appel observe qu'aucune faute ne pouvait être imputée à la jeune victime qui, étant donné son âge, était incapable de jugement et de prévoir les conséquences de ses actes; mais attendu que les juges du fond ne pouvaient ainsi se décider par un principe d'ordre général sans constater que l'enfant était totalement privé de raison ou de discernement... » (11). Il faut seulement remarquer que cette jurisprudence ne trouve plus à s'appliquer lorsque l'enfant est si jeune qu'aucun autre enfant de son âge ne puisse être raisonnable : c'est en vain qu'un demandeur en cassation critique, pour son caractère abstrait, le motif d'irresponsabilité tiré du fait qu'un enfant n'avait que 4 ans (12). Mais cette solution ne contredit nullement la précédente : il est normal de déduire le fait concret d'une loi naturelle, lorsque celle-ci ne souffre pas d'exceptions (13).

Bien entendu, on se référera également à l'individu singulier (il ne pourrait en être autrement) pour décider si l'auteur d'un dommage est dément ou sain d'esprit. On fera de même, le cas échéant, pour apprécier si un dément ne se trouvait pas dans un intervalle de lucidité, ou si sa démence était véritablement complète. Il n'y a pas lieu d'insister sur ces points, qui relèvent de l'évidence.

113. — Dans ces conditions, on pourrait être tenté d'admettre que, si l'illicite s'apprécie *in abstracto*, l'imputabilité, au contraire, s'apprécie *in concreto* (14). Il faut convenir qu'à première vue c'est bien ce principe de solution qui semble inspirer la jurisprudence. Mais à la réflexion on est conduit à se demander si l'appréciation de l'imputabilité ne fait pas intervenir aussi, en bien des cas, des données psychologiques d'un caractère assez abstrait.

(10) Civ. sect. soc. 24 mars 1960, Gaz. Pal. 1960.1.371.

(11) Civ. 2^e sect. 12 novembre 1959, Bull. civ. 1959, II, n^o 722, p. 472. Si au contraire ils raisonnent *in concreto*, les juges peuvent admettre l'absence d'imputabilité jusqu'aux dernières années de l'enfance; cf., pour un enfant de 11 ans : Civ. 2^e sect. 8 février 1962, Bull. civ. 1962, II, n^o 180, p. 124.

(12) Civ. sect. soc. 31 janvier 1957, Gaz. Pal. 1957.1.340.

(13) Voir *supra*, n^o 3.

(14) En ce sens : RODIÈRE, La responsabilité civile, n^o 1395.

Section II

LES ÉLÉMENTS ABSTRAITS
DANS L'APPRÉCIATION DE L'IMPUTABILITÉ

114. — Que la jurisprudence, relativement à l'imputabilité, rejoigne pleinement la réalité psychologique concrète, il y a plusieurs raisons d'en douter. D'une part, en effet, les tribunaux considèrent abstraitement les facultés intellectuelles, en tenant tous les individus sains d'esprit comme pareillement capables de se conduire raisonnablement. D'autre part, ils refusent de voir le fait psychologique concret que peut constituer une obnubilation passagère, même chez un homme doué de raison. Enfin ils jugent souvent imputables les actes accomplis volontairement par des malades mentaux, quand bien même le libre-arbitre de ceux-ci serait plus que problématique. Appréciation abstraite des facultés intellectuelles, méconnaissance du fait psychologique concret, reconnaissance abstraite du libre-arbitre : tels sont les trois points qu'il convient de passer en revue pour se faire une opinion sur la prétendue appréciation *in concreto* de l'imputabilité.

§ 1. — L'APPRÉCIATION ABSTRAITE DES FACULTÉS INTELLECTUELLES

115. — Lorsque la jurisprudence présente la « raison » ou le « discernement » comme les conditions de l'imputabilité (15), elle semble estimer que ces vocables fournissent un critère qui permet de répartir les individus en deux catégories bien tranchées. Les uns sont dépourvus de raison et de discernement. Les autres en sont pourvus, ou du moins ils possèdent une raison ou un discernement « suffisant ».

Si au contraire, quittant les recueils de jurisprudence, on regarde vivre les hommes, on est immédiatement frappé par l'extrême diversité de leurs aptitudes lorsqu'il s'agit de raisonner, ou de discerner les conséquences de leurs actes. Il y a, en ce domaine, tous les degrés concevables.

On se prend alors à penser que les tribunaux, évidemment conscients de cette vérité banale, sont seulement empêchés d'en tenir compte par le fait que la responsabilité civile n'est pas susceptible de degrés. La réparation devant être intégrale ou ne pas être, il ne saurait être question de « responsabilité atténuée ». Il faut donc bien

(15) Voir par exemple: Agen 9 novembre 1864, S. 1865.2.230; Aix 7 décembre 1866, S. 1867.2.263; Lyon 22 février 1871, D.P. 1872.2.133; Lyon 31 décembre 1904, sous Req. 30 juillet 1906, D.P. 1907.1.315; Civ. 2^e sect. 12 novembre 1959, Bull. civ. 1959, II, n° 722, p. 472; Civ. sect. soc. 24 mars 1960, Gaz. Pal. 1960.1.371.

fixer quelque part une limite, avec ce que, nécessairement, cela comporte d'arbitraire.

En y réfléchissant davantage on s'aperçoit, toutefois, qu'une telle explication est dépourvue de toute portée. Assurément les principes de la responsabilité civile interdisent, à propos d'un acte déterminé, d'envisager autre chose que la responsabilité totale ou l'irresponsabilité. Mais cela n'empêcherait nullement d'admettre que certains sujets peu doués ou peu instruits, tout en ayant assez d'intelligence et de discernement pour pouvoir éviter des erreurs grossières, n'en aient pas suffisamment pour se conduire, dans des cas difficiles, en hommes véritablement avisés. Si l'on entrait dans cette voie, certains manquements leur seraient imputables, mais d'autres ne le seraient pas. La faute disparaîtrait chaque fois que l'agent, même adulte et sain d'esprit, n'aurait pas eu de ressources intellectuelles suffisantes pour raisonner juste et discerner les conséquences de son comportement. Le recours au type abstrait de l'homme avisé ne serait — sur le terrain de l'imputabilité — qu'une présomption de fait parfaitement susceptible d'être détruite par la preuve contraire(16).

Or, dans la réalité, il n'en va point ainsi. Des innombrables décisions rendues en matière de responsabilité civile, il est impossible de dégager une véritable jurisprudence exonérant les auteurs d'actes illicites lorsque leur bêtise ou leur ignorance les ont empêchés de discerner la conduite raisonnable à tenir.

116. — Certes on a pu relever — M. le Doyen Savatier (17) s'y est notamment employé — un certain nombre de décisions d'où paraîtrait résulter une nuance de « subjectivisme » dans l'appréciation de la faute. Mais ces décisions sont bien insuffisantes pour permettre de conclure (hors le cas du dément ou de l'*infans*) à une véritable recherche de l'imputabilité concrète.

Parmi les jugements ou arrêts allégués, en effet, certains ont trait à des infirmes (18) ou à des vieillards (19), dont le comportement n'est pas apprécié comme celui d'individus vigoureux et valides. Mais on a vu (20) qu'il n'est nullement besoin, pour rendre compte de telles décisions, de recourir à la notion d'imputabilité; il suffit d'observer que le devoir de se conduire en homme avisé a un contenu différent selon les circonstances, et que les particularités physiques (parmi lesquelles le manque d'alacrité dû à l'âge) sont des circonstances susceptibles d'être prises en considération. L'infirmes qui se conduit comme un infirmes avisé, même si son comportement diffère de celui d'un homme normal, n'enfreint pas les devoirs de prudence

(16) En ce sens : SAVATIER, Responsabilité civile, 2^e éd., t. I, n° 167.

(17) *Op. cit.*, n°s 167 et s.

(18) Trib. civ. Épinal, 11 juillet 1925, Gaz. Pal. 1925.2.269; Paris 21 juillet 1930, Gaz. Pal. 1930.2.435; Colmar 10 juin 1938, S. 1938.2.195, Gaz. Pal. 1938.2.381.

(19) Crim. 7 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.77; Crim. 5 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.357.

(20) Voir *supra*, n°s 31 et s.

et de diligence qui s'imposent à lui, et par conséquent le problème de l'imputabilité ne se pose même pas en ce qui le concerne.

D'autres arrêts sont invoqués pour établir que « la prudence normale requise d'une personne peut être modifiée par son état mental, notamment par l'émotion vive qu'a pu lui causer un fait extérieur, lui-même anormal » (21). Mais ici encore, il ne s'agit pas d'imputabilité. C'est bien la « prudence normale », c'est-à-dire la règle de conduite elle-même, qui est modifiée par les circonstances, le type abstrait de l'homme avisé — en fonction duquel cette norme se détermine — n'étant, bien évidemment, ni un surhomme ni un *constantissimus homo*.

Un certain nombre d'arrêts, d'autre part, sont présentés comme faisant état de l'âge, du sexe, de l'inexpérience ou de l'ignorance, mais doivent être encore plus résolument écartés du débat. Ce sont ceux (22) qui relèvent ces circonstances chez une personne *autre que celle dont il s'agit d'apprécier la conduite* (appréciation de la faute d'un notaire en tenant compte de l'ignorance de ses clients, d'un patron en ayant égard à l'ignorance de ses ouvriers (23), etc.). La mention de données subjectives n'a rien à voir, dans de tels cas, avec la considération de l'imputabilité.

Parfois, il est vrai, dans des procès relatifs à la responsabilité de ceux qui ont le devoir de conseiller autrui — comme par exemple les notaires — l'inexpérience des personnes conseillées est retenue par les juges pour dénier la faute de la victime (24). Mais un tel motif ne tend certainement pas à démontrer la non-imputabilité d'une conduite illicite. Il se situe sur le terrain même de la détermination des devoirs, ceux qui recourent aux conseils d'un professionnel n'étant pas tenus, vis-à-vis de celui-ci, de satisfaire au standard d'instruction normalement exigible dans les relations sociales et se comportant de façon raisonnable en faisant confiance à l'homme de l'art pour suppléer leur manque d'expérience. Le client peu instruit qui fait confiance à son notaire ne viole en cela aucun devoir, et par conséquent il n'y a pas lieu d'invoquer la non-imputabilité pour décider qu'il ne commet pas de faute.

(21) SAVATIER, *op. cit.* n° 169, à propos des arrêts suivants : Crim. 26 avril 1928, Gaz. Pal. 1928.2.111; Crim. 7 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.77; Req. 17 novembre 1930, D.H. 1930.585, Gaz. Pal. 1930.2.972; Crim. 11 décembre 1930, Gaz. Pal. 1930.2.1021; Crim. 5 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.357; Req. 24 mars 1931, Gaz. Pal. 1931.1.792; Crim. 2 décembre 1932, Gaz. Pal. 1933.1.183.

(22) Req. 6 février 1899, D.P. 1899.1.271; Req. 26 avril 1904, D.P. 1904.1.304; Civ. 9 novembre 1904, D.P. 1905.1.102; Req. 11 décembre 1905, D.P. 1906.1.254; Civ. 18 mars 1914, D.P. 1916.1.31; Civ. 9 mai 1916, D.P. 1921.1.24. *Addé* : Besançon 23 décembre 1931, S. 1932.2.79; Civ. 1^{re} sect. 12 février 1958, D. 1958.291, S. 1958.201; Amiens 29 janvier 1959, D. 1959, somm. 49, Gaz. Pal. 1959.1, somm. 15.

(23) Voir sur ce point la pertinente critique de M. RODIÈRE, Responsabilité civile, n° 1400.

(24) Voir par exemple Paris 10 juillet 1944, D. 1945.62 : « Considérant qu'aucune faute ne peut être retenue à la charge des consorts L... qui, ouvriers modestes et peu instruits, ont remis au notaire tous les documents nécessaires pour rédiger régulièrement le cahier des charges et ont fait confiance à l'officier ministériel... ».

Dans un arrêt ancien de la Chambre des Requêtes (25), il semble pourtant, à première vue, que l'absence de toute faute imputable ait été admise en raison de l'inexpérience du sujet. Il s'agissait, dans cette espèce, d'un employé de chemin de fer qui, débutant dans l'emploi de garde-voie, avait été victime d'un accident pour avoir transgressé, par ignorance, des règles de prudence qui ne paraissaient guère contestables. Or il a été jugé qu'aucune faute ne lui était « imputable », en raison notamment « de son manque absolu d'expérience pour ses nouvelles fonctions ». Mais cette solution se justifiait sur un autre plan : l'individu en question, en réalité, avait bien commis une faute; simplement, celle-ci était la conséquence inévitable d'une faute première, celle de la Compagnie qui l'avait investi d'une mission périlleuse sans l'instruire comme il eût convenu; on se trouvait donc dans le cas où l'on refuse au responsable la possibilité de se prévaloir de la faute de la victime, parce qu'il l'a lui-même provoquée. L'« imputabilité » n'est plus ici un élément de la faute, mais met en jeu la notion de causalité.

Si l'on écarte enfin deux ou trois vieux arrêts de cours d'appel rendus au siècle dernier, et qui ont exonéré des médecins en tenant compte de leur inexpérience (26), on constate donc le peu de résultat des efforts qui ont été déployés pour déceler dans le droit positif (hors le cas des inconscients, aliénés ou enfants (27)) une exonération tenant à la non-imputabilité des actes illicites, en fonction des facultés réelles de l'individu.

117. — Certains, il est vrai, ne manqueront pas d'objecter que, si les tribunaux jugent invariablement fautifs les actes illicites accomplis par des adultes sains d'esprit, c'est parce que ceux-ci ont *toujours* la possibilité d'agir correctement. A cet égard on invoquera le libre-arbitre humain (28), ou l'on fera valoir qu'il est toujours possible au maladroit ou au sot de s'abstenir des activités requérant intelligence ou adresse (29). Mais de pareils arguments relèvent d'une psychologie purement abstraite, et forgée visiblement pour les besoins de la démonstration. D'une part, en effet, le libre-arbitre n'a jamais rendu intelligents ceux qui ne le sont pas. D'autre part, pour se juger et s'éprouver soi-même il faut déjà avoir un jugement lucide, et on sait que le

(25) Req. 5 mars 1888, D.P. 1888.1.359.

(26) Metz 21 mai 1867, S. 1868.2.106; Liège 30 juillet 1890, S. 1895.2.237 (en note).

(27) Même pour de grands enfants, les juges peuvent se livrer à une véritable appréciation concrète de l'imputabilité : cf. Civ. 2^e sect. 8 février 1962 (Bull. civ. 1962, II, n^o 180, p. 124) qui admet l'exonération d'un garçon de 11 ans.

(28) Voir notamment : STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris 1947, p. 83; ESMEIN, La faute et sa place dans la responsabilité civile, Rev. trim. dr. civil 1949, p. 481 et s., spécialement n^o 7, p. 486.

(29) Cf. LÉGAL, De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle, thèse Paris 1922, p. 70-71; NERSON, note au S. 1947.2.25.

propre de beaucoup de sots est précisément de se croire à l'abri de l'erreur (30).

118. — Pour justifier que l'on attribue « la même aptitude à tous ceux qui ne sont ni enfants ni fous », on tire également argument, parfois, d'une insurmontable difficulté de preuve (31). Tout en admettant qu'une foule de gens sont, en de nombreuses circonstances, incapables d'agir correctement, on observe que, dans un cas concret, il n'y a pas de procédé permettant au juge d'avoir la certitude de cette impossibilité. Mais une telle argumentation ne peut être retenue, car on ne voit pas du tout la raison qui imposerait d'exiger une véritable preuve de l'impossibilité concrète et de l'insuffisance des facultés intellectuelles. *A priori*, en effet, c'est à celui qui invoque la faute qu'il incombe de la prouver, ce n'est pas à l'agent de démontrer qu'il a agi de façon non-fautive. Si en présence d'un acte illicite on exige de l'agent qu'il prouve la non-imputabilité, ce ne peut donc être que dans la mesure où, compte tenu de la psychologie humaine commune, on peut présumer, en fait, que la majorité des actes illicites sont imputables. Mais si l'on sait que l'on a affaire à un ignorant ou à un sot, il n'y a plus aucune raison de faire jouer contre celui-ci une présomption de fait tirée de la psychologie moyenne. Rationnellement c'est à un autre ignorant ou à un autre sot qu'il faudrait le comparer pour savoir si, selon la plus grande probabilité, il avait assez de discernement pour pouvoir éviter l'erreur de conduite qui lui est reprochée. Or on sait que c'est au contraire l'homme avisé qui sert toujours de mesure. La prétendue impossibilité de preuve est donc créée de toutes pièces, par le fait que l'on oppose une présomption d'intelligence normale à des gens dont il est avéré qu'ils sont moins doués que la moyenne.

119. — Dans le système qui admet de façon invariable l'imputabilité des actes accomplis par des sujets « doués de raison », il y a donc une part irréductible d'abstraction. Poser en principe que tous les gens sains d'esprit sont toujours à même d'agir raisonnablement, c'est en effet, soit les imaginer tous pareillement doués sur le plan de l'intelligence, soit postuler que c'est le même degré de discernement qui permet d'éviter toutes les erreurs de conduite, les moins graves comme les plus grossières. Dans l'une et l'autre hypothèse, la méconnaissance de la réalité psychologique concrète est patente.

A cette simplification voulue, il s'en ajoute d'ailleurs une autre, du fait que l'on tient pour constante, et insusceptible d'aucune défail-

(30) Comme l'observent MM. MAZEAUD et TUNC (Responsabilité civile, t. I. n° 461, note 7) : « Combien de personnes conduisent (des voitures), qui, par leur manque d'équilibre nerveux ou mental constituent « des dangers » et ne s'en rendent absolument pas compte! ».

(31) Voir notamment ESMEIN, article précité, Rev. trim. dr. civil 1949, p. 481 et s., spécialement n° 5.

lance, l'aptitude de l'homme sain d'esprit à s'éclairer des lumières de la raison. Dès lors qu'il est capable de raisonner, il l'est une fois pour toutes, et il devient inutile de rechercher si à un moment précis cette aptitude ne lui a pas fait défaut : ce qui dispense de s'interroger sur le fait psychologique concret.

§ 2. — LA MÉCONNAISSANCE DU FAIT PSYCHOLOGIQUE CONCRET

120. — On est surpris d'observer, en effet, que l'homme sain d'esprit paraît, aux yeux des juges, une merveille de constance dans l'ordre psychologique. A la différence du fou, qui peut avoir des éclairs de raison, lui, au contraire, ne connaît aucune défaillance de ses facultés, aucune obnubilation passagère d'origine interne, qui ne lui soit imputable. Il est doué de raison, c'est une qualité qui s'attache à sa personne; il a donc été capable de raisonner n'importe lequel de ses actes.

A ce point de vue, certes, on ne peut faire grief aux tribunaux de ne pas considérer la personne. Mais si l'appréciation qui ignore l'individu est nécessairement abstraite, on peut se demander s'il n'y a pas aussi une façon abstraite d'envisager l'homme singulier. On regarde l'individu en cause, lui et nul autre; on le trouve sain d'esprit, capable de raisonner correctement; dès lors, comment douterait-on que l'on ait résolu *in concreto* le problème de l'imputabilité? Et cependant... Est-on sûr qu'un moment de la vie psychologique soit semblable à un autre? Ne mesure-t-on pas ce qu'il y a de théorique et d'étrangement abstrait dans cette vision d'un homme une fois pour toutes raisonnable et qui, dès lors qu'il n'est pas fou et qu'il n'est plus un enfant, ne peut jamais être privé de ses lumières naturelles? Bien entendu personne n'ignore ces lieux communs de la psychologie, mais il est clair que l'on ne veut pas — que l'on ne peut pas — s'y arrêter.

Il est évident, en effet, que l'on ne saurait considérer comme exempt de faute celui qui a eu un éclair d'inattention ou qui a accompli un geste de pure inadvertance, comme par exemple l'automobiliste qui n'a pas vu un panneau de signalisation ou le fumeur qui, vraisemblablement sans en avoir conscience, a jeté malencontreusement son allumette ou sa cigarette mal éteinte (32). Mais quel contenu concret conserve ici la notion d'imputabilité? Les gens les plus soigneux savent bien qu'il leur est arrivé, un jour ou l'autre, d'accomplir quelque mouvement involontaire, et que nul n'est assuré de pouvoir toujours se garder d'un faux mouvement ou d'une seconde de distraction (33).

(32) Cf. par exemple Civ. sect. soc. 15 juin 1951, D. 1951.561 et note LALOU (2^e espèce).

(33) Voir à ce sujet : CORBESCO, Devoirs moraux et obligations légales, thèse Paris 1903, spécialement p. 152-153.

121. — Certes il est malaisé de sonder l'âme humaine. Mais il est clair que cette difficulté est la bienvenue, et que l'on serait bien gêné de découvrir un détecteur psychologique permettant de discerner à coup sûr toutes les inadvertances qui ne *pouvaient* pas, concrètement, être évitées. D'ailleurs il est intéressant de constater que l'analyse de l'instant psychologique reprend droit de cité lorsqu'elle peut être mise au service de la réparation des dommages. Pour déceler l'éclair de lucidité d'un dément, les tribunaux retrouvent volontiers une finesse d'observation dont ils se gardent bien de faire usage pour déceler l'aveuglement passager de l'homme normal. Mais alors on tombe dans un autre genre de raisonnement théorique : de la logique du comportement on déduit, de façon abstraite, l'existence du libre-arbitre.

§ 3. — LA RECONNAISSANCE ABSTRAITE DU LIBRE-ARBITRE

122. — Parmi les palliatifs bien connus apportés au principe de l'irresponsabilité civile du dément, il en est un, en effet, que l'on ne peut manquer d'évoquer ici. C'est celui qui conduit à n'admettre l'irresponsabilité que lorsque l'acte dommageable a été « purement machinal » et a procédé d'un véritable automatisme, dans une inconscience absolue. Chacun sait que d'assez nombreuses décisions se rattachent à ce système (34), qui sert généralement à rendre les déments responsables des dommages qu'ils ont intentionnellement causés (35).

Quand le fou nuit volontairement, en effet, il est toujours possible de trouver une certaine « raison » dans son comportement, puisque, par hypothèse, un dommage s'est réalisé conformément à ses intentions. Alors les tribunaux admettent assez facilement l'imputabilité. Mais le dément, compte tenu de son état pathologique, pouvait-il véritablement résister à ses impulsions ? On évite de se poser la question. Les individus qui agissent rationnellement sont, normalement,

(34) Nancy 7 février 1867, D.P. 1867.2.73; Trib. civ. Pau 30 juin 1898, La Loi 27 juillet 1898; Montpellier 25 décembre 1904, Mon. Trib. Midi 26 février 1905; Trib. civ. Perpignan 15 mai 1907, D.P. 1907.5.38, Gaz. Trib. 1907.2.182; Montpellier 29 décembre 1927, Gaz. Pal. 1928.1.436, maintenu par Req. 21 janvier 1929, Gaz. Pal. 1929.1.656; Montpellier 30 juillet 1930, Gaz. Pal. 1930.2.378, S. 1931.2.33 et note BRETON; Toulouse 3 novembre 1937, Gaz. Pal. 1937.2.866; Trib. civ. Pau 19 octobre 1945, Gaz. Pal. 1946.1.111, S. 1947.2.25 et note NERSON; Trib. civ. Seine 22 février 1955, Gaz. Pal. 1955.1, somm. 39; Riom 12 décembre 1955, J.C.P. 1956.II.9191 et note CAREL; Grenoble 24 avril 1956, J.C.P. 1956.II.9565 et note ESMEIN; Trib. civ. Nice 18 mai 1960, D. 1962.591 et note LOMBOIS; Grenoble 10 octobre 1962, D. 1963.249 et note LOMBOIS. Rapp. : Trib. civ. Lyon 21 octobre 1938, Gaz. Trib. 2 mars 1939; Trib. civ. Yvetot 25 juillet 1946, J.C.P. 1946.II.3299 et note A.S.; Nancy 13 décembre 1949, Rec. Nancy 1950.70, Gaz. Pal. 1950.1, tables, v^o Responsabilité civile, n^{os} 41 et s. Voir *contra* : Req. 21 octobre 1901, D.P. 1901.1.524 et rapport LETELLIER, S. 1902.1.32, Gaz. Pal. 1901.2.614.

(35) Mais de même, en dehors de toute intention de nuire, on admettra la faute de celui qui, en état de dépression nerveuse, cause un dommage en se suicidant (Civ. sect. soc. 27 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, n^o 570, p. 451).

doués de libre-arbitre; or le dément a agi rationnellement; donc le dément doit avoir eu un libre-arbitre suffisant. Le syllogisme implicite contenu dans une telle solution est, on le voit, purement abstrait. Qui donc disait, pourtant, devant l'étonnante logique montrée par certains aliénés, « qu'un fou est quelqu'un qui a tout perdu, sauf la raison »?

123. — *Conclusion du chapitre.* — On constate ainsi que l'appréciation *in concreto* de l'imputabilité, si elle existe indéniablement, se voit cantonner dans un domaine extrêmement restreint, par le jeu d'un certain nombre de postulats théoriques dont le caractère abstrait ne fait aucun doute.

On recourt à l'abstrait en évoquant « la raison » et « le discernement », alors que ce n'est pas la même aptitude à raisonner ni le même discernement qui sont nécessaires pour éviter une erreur grossière et une faute quelconque. On recourt à l'abstrait en tenant pour identiques, sous le rapport des facultés de raisonnement, tous les adultes sains d'esprit. On recourt à l'abstrait en estimant que celui qui est normalement capable de raisonner juste est toujours capable de le faire. On recourt à l'abstrait en assimilant à l'homme sain d'esprit le fou qui a agi logiquement. Rien de tout cela, d'ailleurs, ne révèle, chez les tribunaux, un manque de réalisme et de sens de la psychologie concrète : il est certain que les exigences de la vie sociale et de la sécurité commune imposent d'apprécier la faute de cette manière. Simplement, cela permet de douter du bien-fondé de cette exigence d'imputabilité, qui n'aurait de sens que si elle donnait lieu, en toute hypothèse, à une appréciation concrète faite sans parti pris.

124. — Dans ces conditions, on ne peut qu'approuver ceux pour qui la faute civile n'est pas autre chose qu'un acte illicite, que la violation d'une norme juridique. Et à peine est-il besoin d'ajouter que l'on ne s'arrêtera pas à l'objection selon laquelle le mot « faute » serait ainsi vidé de son sens (36). Il est évident que ce vocable a, même dans la langue la plus courante, plusieurs acceptions, et qu'on l'emploie quotidiennement sans y mettre la moindre idée de culpabilité (ne dit-on pas, d'un joueur de bridge ou d'échecs débutant, qu'il a commis une faute en jouant tel coup malencontreux?). Sans doute la *culpa* romaine avait-elle un contenu plus riche; mais si les anciens croyaient pouvoir frapper d'un blâme moral tout acte illicite, du seul fait que son auteur était adulte et sain d'esprit, cela n'interdit pas de préférer, en notre siècle, des vues psychologiques plus nuancées et une assurance morale moins péremptoire.

(36) Cf. P. ESMEIN, La faute et sa place dans la responsabilité civile, Rev. trim. droit civil 1949, p. 481, n° 1 : « Quand dans de tels cas (acte du dément, ou cas du gardien d'une chose) on justifie l'obligation de réparer en disant qu'il y a eu faute, on donne à ce mot un sens tout autre que celui qu'il a dans le langage courant. Par là on engendre la confusion... ».

125. — Si l'appréciation de l'illicite, qui s'opère normalement *in abstracto*, est ainsi la seule qui devrait être nécessaire pour se prononcer sur l'existence de la faute civile, il n'en résulte pas, cependant, que cette dernière soit toujours pleinement et suffisamment connue quand on a constaté la violation d'un devoir ou d'une obligation juridique. Lors même, en effet, que l'existence de la faute est établie, sa *gravité* peut soulever un problème spécial et requérir une appréciation distincte. Ne devra-t-on pas, alors, avoir égard à la culpabilité morale subjective, en appréciant *in concreto* la gravité des fautes ? Ou faudra-t-il encore, compte tenu des nécessités sociales, recourir à l'appréciation *in abstracto* ? C'est ce problème qu'il y a lieu d'examiner dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III

L'appréciation de la gravité des fautes

126. — Si toute faute engage en principe la responsabilité de son auteur, lorsqu'un dommage en est résulté, il n'en est pas moins vrai que, dans des cas particuliers assez nombreux, les effets juridiques de la faute dépendent de sa gravité. Chacun sait, par exemple, qu'en matière contractuelle, d'après une jurisprudence bien établie, la faute lourde, comme la faute intentionnelle, met en échec les clauses limitatives de responsabilité, qui s'appliquent au contraire dans le cas de faute légère. On sait également que, lorsqu'un concours de fautes conduit à admettre un partage de responsabilité, les tribunaux ont tendance à opérer ce partage en fonction de la gravité respective des fautes commises. Diverses dispositions légales, en outre, dans des domaines particuliers, subordonnent l'existence de la responsabilité ou l'intégralité de la réparation à la constatation d'une faute lourde, grave, voire inexcusable. Enfin, en dehors du domaine de la responsabilité, il existe des sanctions civiles qui, comme le divorce, supposent non pas une simple faute, mais des torts particuliers qui, entre autres caractères, doivent se signaler par leur gravité.

Pour diverses qu'elles soient, ces hypothèses soulèvent un problème commun : la gravité de la faute doit-elle être appréciée *in abstracto* ou *in concreto*? Si l'appréciation *in abstracto* doit prévaloir, il en résultera que, dans des conjonctures supposées identiques, des attitudes semblables se verront toujours reconnaître le même degré de gravité, quelles que soient les circonstances subjectives qui seraient de nature à faire varier la culpabilité morale. Si l'on apprécie *in concreto*, au contraire, on pourra admettre que la même attitude, gravement fautive de la part de certains individus, ne l'est pas de la part d'autres personnes à qui des particularités subjectives (par ex. leur manque d'intelligence, d'instruction ou d'expérience) rendaient particulièrement malaisée l'observation de leur devoir.

127. — On voit immédiatement que le problème ici évoqué ne se pose pas véritablement à propos de la faute intentionnelle, envisagée comme le degré supérieur dans la gamme des fautes. Il est clair, en effet, que le juge, lorsqu'il affirme le caractère intentionnel d'une faute, ne se réfère pas à une échelle de valeur, comme lorsqu'il dit qu'une faute est grave ou lourde. Il ne se livre donc à aucune « appréciation », au sens où l'on emploie ce mot pour les autres fautes, mais seulement à la constatation d'un fait. Certes, le principe légal ou jurisprudentiel qui impose d'attacher certaines conséquences à la faute intentionnelle procède, lui, d'un jugement de valeur préalable quant à la gravité d'une telle faute. Mais cette appréciation est faite une fois pour toutes, et son caractère abstrait ne fait par conséquent aucun doute. Aussi bien, lorsque le droit civil attache certains effets particuliers à la faute intentionnelle, le problème ne se pose même pas de savoir si une telle faute n'est pas parfois, dans une certaine mesure, subjectivement excusable. Il ne faut donc pas parler d'une appréciation *in concreto* de la faute intentionnelle, encore que cette erreur de terminologie soit, ici, dépourvue de conséquences (1).

128. — Au contraire, lorsqu'il incombe au juge de se prononcer véritablement sur la gravité d'un manquement — que ce soit à propos de la faute « lourde », « grave » ou « inexcusable », ou encore pour comparer deux fautes concurrentes —, chacune voit clairement ce que sont l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto*, et comment elles peuvent conduire à des solutions pratiques différentes.

De même on comprend aisément que le choix du mode d'appréciation dépende du point de savoir si, en attachant des effets particuliers à la gravité de certaines fautes, le droit a en vue leur gravité morale subjective ou, à l'inverse, leur gravité sociale objective résultant, par exemple, du caractère spécialement dangereux de la conduite considérée.

A priori, ces deux manières d'envisager la gravité des fautes sont l'une et l'autre parfaitement compréhensibles. On conçoit fort bien que le droit puisse, dans certains cas, réserver une sanction ou refuser le bénéfice d'une disposition favorable à ceux qui agissent d'une façon moralement blâmable. Mais on conçoit aussi que, indépendamment de toute considération morale, le caractère intrinsèquement nuisible de certaines attitudes suffise, lorsqu'il atteint un certain degré, à exclure le bénéfice des dispositions favorables dont peuvent bénéficier les auteurs de certaines négligences ou imprudences légères.

On ne sera donc pas surpris de constater que, selon les cas, c'est l'un ou l'autre point de vue qui est préféré. Parfois la gravité de la faute se mesure à la nocivité intrinsèque de l'attitude envisagée,

(1) Sur l'appréciation *in abstracto* de la faute intentionnelle envisagée par opposition à l'acte licite, voir *supra* nos 56 et s. Sur l'appréciation de la faute pénale intentionnelle, voir *infra* no 154.

indépendamment de toute excuse subjective. Parfois, au contraire, l'appréciation se colore de préoccupations morales, ce qui conduit à tenir compte des circonstances psychologiques existant en la personne de l'agent et qui sont de nature à rendre sa conduite plus ou moins blâmable. C'est ce que l'on va observer en classant les solutions jurisprudentielles les plus typiques en deux groupes, selon qu'elles s'attachent à la gravité objective ou à la gravité subjective de la faute.

Section I

LA GRAVITÉ OBJECTIVE DE LA FAUTE

129. — Avant d'envisager les fautes qui sont qualifiées en fonction de leur gravité, il importe d'observer que cette gravité, en dehors de toute qualification et de tout seuil précis, est souvent prise en considération par le juge lorsque celui-ci doit procéder à un partage de responsabilité. Certes, sous l'influence d'une doctrine autorisée (2), les tribunaux se rallient parfois à l'idée selon laquelle, en présence d'un concours de fautes, c'est le rôle causal de celles-ci, et, non pas leur gravité relative, qui doit être pris en considération pour répartir les responsabilités. Certains juges admettent donc « qu'il convient de proportionner la part de responsabilité non à la gravité de la faute, comme s'il s'agissait d'une sanction pénale, mais à l'importance du rôle de la faute en tant que génératrice du dommage » (3). Mais la jurisprudence dominante semble continuer à départager les responsabilités en fonction de la gravité des fautes, ce qui conduit à se demander si cette gravité est appréciée de façon concrète ou abstraite (4).

Parmi les nombreuses décisions jurisprudentielles qui procèdent à des partages de responsabilité selon la gravité des fautes, il n'en est guère, malheureusement, qui permettent de se prononcer avec certitude sur le mode d'appréciation de cette gravité. Quand les juges, en effet, se livrent à des analyses du seul comportement extérieur, il n'en résulte pas nécessairement qu'ils répudient par principe toute appréciation *in concreto* : car, dans l'ignorance des données psychologiques personnelles, il n'est pas absurde de présumer que la gravité

(2) Cf. notamment les analyses de M. TUNC in MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, nos 1443, 1511 et 1973.

(3) Paris 14 octobre 1960, J.C.P. 1961.II.12075.

(4) Ce serait une erreur, il faut le remarquer, de croire que le partage en fonction du rôle causal (dans la conception qui admet que les faits générateurs peuvent avoir des rôles inégaux) aboutit nécessairement au même résultat qu'un partage selon la gravité des fautes entendue *in abstracto*. Un acte donné peut, en effet, être en soi très dangereux (et constituer par conséquent une faute grave *in abstracto*), mais n'avoir eu cependant, *a priori*, que très peu de chances de produire le dommage qui s'est trouvé réalisé en fait (ce qui permettrait de ne lui reconnaître qu'un rôle générateur très faible).

matérielle de la faute reflète une grave négligence subjective. Quand les décisions relèvent que tel des sujets en cause avait conscience de telle circonstance, cette notation psychologique n'établit nullement l'appréciation *in concreto*, car normalement tout autre individu placé dans la même conjoncture aurait eu la même information. Au surplus, le large pouvoir d'appréciation qui appartient aux juges du fond dans ce domaine empêche la formation d'une véritable jurisprudence.

Cela dit, il est permis de soupçonner que les juges, lorsqu'ils opèrent un partage de responsabilité en fonction de la gravité relative des fautes, se laissent parfois influencer, même sans le dire, par les données personnelles qui sont de nature à diminuer la gravité subjective d'une faute. Un jugement ancien a relevé expressément l'état de maladie d'un mandataire pour réduire sa responsabilité à l'égard d'un mandant qui était lui-même en faute (5).

Mais n'est-ce pas là juger en équité plutôt qu'en droit (6)? La véritable solution juridique du problème nous apparaît résulter, bien plutôt, d'un arrêt rendu le 27 octobre 1955 par la deuxième section civile de la Cour de cassation (7) et qui, bien qu'implicitement, nous paraît condamner la thèse de l'appréciation subjective. En l'espèce, une décision pénale avait antérieurement prononcé, contre les deux coauteurs d'un délit de blessures par imprudence, des amendes fixées respectivement à 40 000 et 20 000 F. Or le juge civil n'avait pas hésité à mettre seulement un tiers de responsabilité à la charge du coauteur dont la responsabilité était apparue la plus lourde au juge répressif, et deux tiers à la charge de l'autre. Ce dernier alléguant la violation de la chose jugée au pénal, la Cour de cassation a rejeté son pourvoi, en énonçant « que les facteurs de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale étant différents, l'appréciation par le juge répressif de la gravité respective des fautes imputées à divers prévenus en vue de la fixation de la peine, ne s'impose pas au juge civil, sollicité de statuer sur le partage des responsabilités et sur la répartition des dommages-intérêts qui en découle ». Or il n'est pas douteux que la gravité de la faute pénale (8) s'apprécie *in concreto*, en tenant compte de la personnalité du délinquant; si l'arrêt a voulu dire que la gravité de la faute civile devait se mesurer selon une échelle différente, c'est sans doute parce qu'elle doit s'apprécier *in abstracto*, sans que l'on ait égard à l'individualité de l'agent mais seulement à la nocivité de son comportement. Cette nocivité est fonction de la probabilité que présentait la production d'un dommage (9), et aussi de la gravité des dommages possibles.

Toutefois, si la gravité de la faute est indépendante des circonstances subjectives qui ont pu empêcher l'agent de concevoir l'ampleur

(5) Trib. civ. Lille 13 août 1859, sous Req. 26 novembre 1860, D.P. 1861.1.496.

(6) Voir à ce sujet : M. HALLER, Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation, thèse Paris 1926, spécialement p. 127-128.

(7) J.C.P. 1956.II.9584 et note P. ESMEIN.

(8) Nous disons bien la *gravité*, non l'*existence* : voir *infra*, n° 154.

(9) Cf. note P. ESMEIN sous Req. 24 octobre 1932, S. 1933.1.289.

du risque qu'il créait, il est légitime de tenir compte des aptitudes *supérieures* qui augmentaient la conscience de ce risque (10). S'agissant d'un partage de responsabilité, on appréciera, par exemple, la faute d'un individu « expérimenté » (11) plus rigoureusement que celle d'une personne quelconque.

130. — Le mode d'appréciation est-il différent lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence d'une *faute lourde*?

La question se pose notamment quand un défendeur, en matière contractuelle, se prévaut d'une disposition légale ou d'une clause conventionnelle limitative de responsabilité. La limitation ainsi prévue est mise en échec, non seulement par la faute intentionnelle, mais même par la faute lourde qui en principe, on le sait, est traditionnellement tenue pour équipollente au dol. On est donc conduit à se demander s'il convient, pour apprécier ce caractère de faute lourde, de tenir compte éventuellement des circonstances personnelles au débiteur et qui seraient de nature à atténuer la gravité subjective du manquement qui lui est reproché.

La tradition, à vrai dire, ne conduit pas à s'engager dans cette voie. Selon le Digeste, en effet, la faute lourde consiste à « ne pas comprendre ce que tout le monde comprend » (12) : elle est donc la faute des gens particulièrement stupides, et non pas seulement de ceux dont l'extrême incurie encourt un blâme moral. Aussi bien les tribunaux qualifient-ils la faute lourde à partir d'une analyse objective du comportement, sans se préoccuper aucunement de savoir si le sujet considéré, compte tenu de ses capacités personnelles, avait ou pouvait avoir concrètement conscience de l'importance du risque que créait sa conduite (13).

131. — Assurément on ne trouvera guère d'arrêts qui disent apprécier la faute lourde *in abstracto* plutôt qu'*in concreto*. Cependant il est arrivé que cette précision soit explicitement formulée : on la relève dans plusieurs décisions rendues naguère en matière de transport aérien, à propos de la faute lourde faisant échec — avant la loi du 2 mars 1957 — à la limitation de responsabilité prévue par la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 (14). Ces décisions méri-

(10) On a vu que l'appréciation *in abstracto*, pour la jurisprudence, n'exclut pas la considération des aptitudes supérieures (cf. *supra*, n^{os} 44 et s., 76 et s.).

(11) Voir notamment Douai 13 octobre 1930, Gaz. Pal. 1930.2.702 (« chasseur expérimenté » qui a commis une faute : 2/3 du préjudice laissés à sa charge).

(12) Digeste, 50, 16, fr. 213, § 2.

(13) Voir sur ce point : R. ROBLOT, De la faute lourde en droit privé français, Rev. trim. droit civil 1943, p. 1 et s., spécialement n^{os} 19 et s.

(14) Selon l'article 25 ancien de la Convention de Varsovie, le transporteur ne pouvait se prévaloir des dispositions de ladite convention excluant ou limitant sa responsabilité si le dommage provenait « de son dol ou d'une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol ». Pour l'application de cette disposition, les tribunaux français se référaient au droit commun, recourant à l'adage classique « *culpa lata dolo aequiparatur* ». C'est seulement la loi du 2 mars 1957

tent d'être citées, quoique rendues dans une matière particulière, d'autant plus que la détermination de la faute équipollente au dol s'opérerait alors par simple application des règles du droit commun.

Or, que trouve-t-on dans cette jurisprudence relativement à la notion de faute lourde ? Le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 24 avril 1952 (15) soulignait « que la faute lourde ne se ramène ni à la *culpa in concreto*, ni à la faute professionnelle, ni à l'infraction pénale... ». Sans doute faut-il entendre ici, par *culpa in concreto*, celle qui s'apprécie d'après la diligence habituelle du débiteur; en outre, le même jugement, avec prudence, constatait qu'aucune des différentes notions possibles de la faute lourde (dol vraisemblable, conscience de la probabilité du résultat, appréciation *in abstracto* de la gravité de la faute) ne permettait en l'espèce de conclure à l'existence d'une telle faute. Mais les juges ne laissaient planer aucun doute sur leur conception véritable — celle de l'appréciation *in abstracto* — en énonçant que la faute lourde devait être « appréciée d'après la conduite de l'agent par référence à celle du type de comparaison — ici transporteur ou navigateur placé dans les mêmes conditions externes », et en soulignant que la faute lourde peut procéder de l'incapacité, de l'impéritie ou de l'aveuglement, tout aussi bien que de l'insouciance ou de la témérité consciente.

Pour confirmer ce jugement, la Cour d'appel de Paris, statuant par un arrêt du 25 février 1954 (16), n'a pas reproduit les expressions mêmes relatives à la *culpa in concreto* et à l'appréciation *in abstracto*. Mais elle n'en a pas moins écarté la conception d'une faute lourde impliquant la conscience concrète de la gravité du péril. Selon la Cour d'appel, en effet, « il n'est pas indispensable qu'il soit prouvé que l'auteur de la faute ait agi consciemment, de propos délibéré, sans égard aux conséquences probables de son acte ».

Il s'agit là, on le voit, d'une simple différence de rédaction, les deux juridictions s'accordant pour exclure l'appréciation *in concreto* de la gravité de la faute. Il est à noter, d'ailleurs, que par la suite le Tribunal civil de la Seine n'a pas hésité à reproduire les motifs mêmes du jugement précité. Ainsi, le 2 juillet 1954 (17), il affirmait à nouveau que le degré de gravité devait être apprécié « d'après la conduite de l'agent, par référence à celle du type de comparaison, transporteur ou navigateur, placé dans les mêmes conditions externes », et que la faute lourde « ne se ramène ni à la *culpa in concreto*, ni à la faute professionnelle, ni à l'infraction pénale... »; et il relevait encore qu'elle

qui, en même temps qu'elle a étendu au transport interne les règles de la Convention de Varsovie, a précisé que la faute équipollente au dol était non la faute lourde mais la faute inexcusable (art. 42 nouveau de la loi du 31 mai 1924; cf. *infra* n° 144).

(15) D. 1952.514 et note RIPERT; J.C.P. 1952.II.6985; Gaz. Pal. 1952.1.339. Voir à ce sujet la chronique de M. DE JUGLART, « Le dol et la faute lourde dans le transport aérien international », J.C.P. 1952.I.1010.

(16) D. 1954.225; S. 1954.2.165 et concl. DUPIN; J.C.P. 1954.II.8041 et note DE JUGLART; Gaz. Pal. 1954.1.429.

(17) J.C.P. 1954.II.8317 et note DE JUGLART; Gaz. Pal. 1954.2.338.

pouvait s'expliquer « par la stupidité » aussi bien que par la témérité ou l'incurie (18).

132. — Assurément il est exceptionnel de voir les tribunaux poser aussi explicitement le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. Habituellement, lorsqu'il s'agit de justifier l'existence ou la non-existence d'une faute lourde, ils manifestent simplement leur choix de l'appréciation *in abstracto* en qualifiant lourdes des fautes qu'ils décrivent seulement dans leur matérialité, sans analyse subjective. Mais ce type de motivation laisse malgré tout subsister un doute, car on peut concevoir qu'un comportement absurde fasse présumer, jusqu'à preuve contraire, une grave négligence subjective; pour être cruciales, il faudrait que les décisions ainsi rendues refusent de tenir compte de circonstances personnelles expressément invoquées. Or il est rare que le débat judiciaire pose aussi nettement le problème.

Pourtant il n'est pas impossible de déceler, dans la jurisprudence, le refus de s'engager dans aucune autre analyse que celle qui est requise par une appréciation abstraite. On relèvera, comme particulièrement significatif à cet égard, un arrêt de la deuxième section civile de la Cour de cassation, du 19 décembre 1960 (19). En l'espèce une faute lourde, de nature à rendre inopérante une clause limitative de responsabilité, avait été alléguée à la charge d'une société de publicité qui, dans la case publicitaire commandée par un déménageur, avait remplacé la raison sociale de celui-ci par le nom d'un de ses concurrents. Les juges d'appel ayant vu dans cette erreur une faute lourde, le pourvoi leur reprochait d'avoir ainsi statué sans s'expliquer sur les circonstances dans lesquelles elle s'était produite. Or la Cour de cassation a écarté ce moyen en n'hésitant pas à affirmer que la décision attaquée, constatant qu'une telle erreur avait créé non seulement un manque de publicité mais une publicité en sens inverse, avait pu valablement y voir une faute lourde, « en dehors de tout examen des circonstances particulières qui étaient à l'origine de cette substitution ». Ces « circonstances particulières » étaient-elles véritablement de nature à atténuer la gravité subjective de l'erreur commise? Nous l'ignorons, et cela importe peu. Ce qui est notable, c'est que la Cour de cassation écarte comme vain tout débat sur ce point, et admet qu'une analyse du seul comportement matériel et de ses résultats permet de conclure irréfragablement à l'existence de la faute lourde.

133. — Il n'est pas impossible, pourtant, que, relativement à l'appréciation de la faute lourde, des données personnelles au débiteur soient prises en considération par les juges. Mais alors elles sont

(18) Comp. Trib. civ. Seine 25 mai 1960 (Rev. fr. dr. aérien 1960.421 et concl. FAUTZ) qui, à propos d'un accident survenu en 1955, reproduit en partie ces motifs, mais, ayant égard à l'interprétation donnée par la loi de 1957, analyse également la notion de faute inexcusable et requiert, par suite, la conscience du danger.

(19) D. 1961.274.

relevées non pas pour dénier mais pour affirmer le caractère de faute lourde. On relèvera, par exemple, « l'importance » ou « la qualité » d'un professionnel pour juger lourde une faute qui aurait pu être tenue pour légère si elle avait été commise par un autre (20). Mais on a déjà vu, à propos de la faute ordinaire (21), que le principe d'appréciation *in abstracto*, tel que le conçoit la jurisprudence, interdit seulement de considérer les particularités personnelles invoquées comme excuses, mais n'empêche nullement d'exiger davantage de ceux qui possèdent des aptitudes particulières. Le motif pris de celles-ci est donc parfaitement compatible avec le système de l'appréciation *in abstracto* de la faute lourde (22).

134. — Il est intéressant d'observer — quitte à sortir du droit civil *stricto sensu* — que l'appréciation *in abstracto* de la faute lourde prévaut aussi parfois dans le domaine du *droit du travail* où, pourtant, l'on aurait pu s'attendre à voir triompher une conception plus relative et humaine.

Ainsi la faute lourde engageant la responsabilité de l'ouvrier vis-à-vis de son employeur peut-elle être appréciée par référence à « un ouvrier normalement diligent » (23). Mais ce qui est le plus significatif à cet égard, c'est l'évolution de la jurisprudence élaborée sur le fondement de l'article 4 de la loi du 11 février 1950, selon lequel la grève ne rompt pas le contrat de travail, « sauf faute lourde imputable au salarié ».

Sans doute un avis du Conseil d'État du 31 mars 1950 (24) a-t-il vu dans cette faute lourde « une faute caractérisée, d'une gravité particulière, qui en principe révèle l'intention de nuire, qui ne peut être excusée par les circonstances et qui doit être appréciée dans chaque cas individuel ». S'inspirant de cette formule, certaines juridic-

(20) Voir par exemple Paris 28 novembre 1951, D. 1952.23 : « Considérant qu'en s'adressant à un professionnel de l'importance de la société B..., qui est incontestablement une des principales et des plus importantes entreprises de garde-meubles de la place de Paris, la dame V... était donc en droit de compter que son dépôt ferait l'objet de soins vigilants...; considérant que la société B... a donc commis une série de fautes particulièrement lourdes pour un professionnel de son importance et de sa qualité... ». Voir également Req. 27 novembre 1934, D.H. 1935.51 : faute lourde, s'agissant d'une « grande et puissante association sportive ».

(21) Cf. *supra*, n^{os} 46 et s., 76 et s.

(22) Cette appréciation abstraite, d'ailleurs, ne nous paraît pas impliquer nécessairement la prise en considération d'une type de référence. Quand une telle comparaison intervient, en tout cas, on est loin de considérer l'homme stupide auquel eût pensé POTHIER (cf. les jugements précités en matière de transport aérien; voir également Grenoble 7 décembre 1959, D. 1960.213 et note GORÉ, J.C.P.1960.II.11598 et note ESMEIN, qui se réfère à un « homme de sens moyen »).

(23) Civ. sect. soc. 27 novembre 1958, D. 1959.20 et note LINDON, S. 1959.33 (à vrai dire on peut trouver étrange le choix de ce type de référence, qui ne diffère guère de celui qui sert à apprécier la faute légère). Rapp. Civ. sect. soc. 13 novembre 1958 (D. 1959.21), qui analyse la gravité de la faute en fonction de l'importance du préjudice (obstruction à la bonne marche du service, coûteux licenciements de personnel).

(24) D. 1950, lég., p. 108.

tions inférieures ont manifesté une tendance très nette à apprécier subjectivement ce caractère de faute lourde. Elles se sont attachées à la recherche d'une faute personnelle impliquant non seulement la participation volontaire à une grève illégale, mais encore que cette participation ait été « donnée en connaissance de cause » (25). Selon ce système, un tribunal (26) a refusé de voir une faute lourde dans la participation à une grève d'inspiration politique, au motif que « dans l'esprit des grévistes » la grève n'était pas complètement étrangère à certaines préoccupations d'ordre professionnel, et que le salarié en cause, en l'espèce une « modeste employée », avait adhéré à des directives syndicales « dont la portée réelle pouvait lui échapper ». Certains juges sont même allés jusqu'à exiger la preuve que chaque salarié, pris individuellement, ait eu « l'intention de nuire aux intérêts de l'entreprise » (27), ce qui paraît manifester une confusion entre la notion de faute lourde et celle de faute intentionnelle.

Mais d'autres juridictions inférieures ont adopté une conception beaucoup plus sévère de cette faute lourde (28). Et la Cour de cassation est finalement intervenue pour condamner la tendance à l'appréciation subjective. En effet, après avoir admis qu'une erreur commise de bonne foi pouvait retirer à la faute son caractère de gravité (29), le section sociale de la Cour suprême a, au contraire, nettement posé le principe « que la seule participation à une grève qui n'a pas pour objet la modification ou l'amélioration des conditions du travail constitue une faute lourde imputable au salarié » (30), et par suite a cassé les décisions procédant d'une appréciation *in concreto*.

135. — L'interprétation du droit positif appelle plus de nuances, en revanche, lorsqu'il s'agit de l'appréciation de certaines *fautes* « graves » envisagées par le Code du travail, notamment celle qui permet la résiliation sans préavis du contrat de travail à durée indéterminée (art. 23, al. 2 et 29 *m*, liv. 1^{er}, C. trav.). Il résulte de la jurisprudence que la gravité de la faute, pour l'application de ces textes, peut être

(25) Trib. paix Villeneuve-sur-Lot 28 octobre 1952, Gaz. Pal. 1953.1.160, sous-note.

(26) Trib. civ. Montluçon 29 avril 1953 Gaz. Pal. 1953.2.22.

(27) Trib. civ. Tulle 26 juin 1951, J.C.P. 1951.II.6488 et note DELPECH.

(28) Voir par exemple Cons. prud'hommes Clermont-Ferrand 26 mars 1952, Gaz. Pal. 1952.2.187 : « Attendu qu'en agissant ainsi, il est possible que les ouvriers aient entendu de bonne foi faire une grève régulière; qu'il n'en reste pas moins qu'ils se sont trompés et qu'ils devront donc supporter les conséquences de leur erreur... ».

(29) Cf. Civ. sect. soc. 1^{er} juin 1951, Bull. civ. 1951, III, n° 432, p. 309 (faute commise « sans mauvaise foi » par des salariés « se méprenant sur leurs droits »).

(30) Civ. sect. soc. 20 février 1959, Gaz. Pal. 1959.1.282, J.C.P. 1961.II.12139 et note G.B. (1^{re} espèce), cassant le jugement précité du Tribunal civil de Tulle; Civ. sect. soc. 5 octobre 1960, J.C.P. 1961.II.12139 et note G.B. (2^e espèce); Civ. sect. soc. 1^{er} mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 270, p. 218. Rapp. Civ. sect. soc. 10 mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 233, p. 269, cassant le jugement qui avait relevé que des préoccupations professionnelles n'avaient pas été complètement étrangères à la grève « dans l'esprit des grévistes ».

définie par le règlement intérieur de l'entreprise, et qu'en ce cas le juge est tenu, en principe, de sanctionner ce règlement (31); or il s'agit là d'une norme de caractère général, dont l'inobservation pourrait fort bien être subjectivement excusable. De même les juges du fond ne peuvent dénier cette faute grave pour des raisons subjectives quelconques (en relevant, par ex., qu'elle s'explique par un simple « mouvement d'humeur »), si elle a — considération objective — jeté le trouble dans l'entreprise (32). Mais si la gravité de la faute en question ne semble pas pouvoir être déniée en fonction de l'inintelligence ou de défauts de caractère (33), au contraire la jurisprudence retient les données psychologiques présentant un caractère véritablement maladif : des arrêts ont eu égard au fait que l'équilibre psychique du salarié était affecté par les épreuves de la déportation (34), par l'épilepsie ou un traumatisme cranien (35), par une grave dépression mentale (36). En outre, lorsque la gravité objective du manquement n'est pas trop caractérisée, les tribunaux tiennent souvent compte de l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise, de manière à ne pas retirer le bénéfice du préavis lorsque la faute succède à de nombreuses années de bons services (37). Ainsi, sans pouvoir aller jusqu'à reconnaître ici une véritable appréciation de la gravité subjective de la faute, il faut pourtant admettre que l'appréciation n'est pas uniquement objective.

136. — Il en va de même lorsqu'il s'agit d'appliquer les dispositions conventionnelles (contrat individuel ou convention collective) qui prévoient l'octroi d'une indemnité de licenciement sauf faute grave. Ainsi la Cour de cassation (38) a-t-elle jugé à cet égard que, pour un employé supérieur, « doit être qualifiée de faute grave celle qui dénote chez son auteur, du fait qu'il s'est montré inégal aux obligations qui lui incombent dans l'exercice de ses fonctions, une incapacité ou une incurie telles qu'il serait *dangereux* pour son

(31) Voir notamment Civ. sect. soc. 20 mai 1955, Gaz. Pal. 1955.2.34, J.C.P. 1956.II.9479 et note G.B.

(32) Cf. Civ. sect. soc. 14 décembre 1960, J.C.P. 1961.II.12307 et note CAMER-LYNCK.

(33) Il est pourtant arrivé que, pour l'application de l'article 23 précité, la faute grave soit déniée par des motifs faisant allusion au caractère de l'employé (cf. Civ. sect. soc. 18 octobre 1952, Bull. civ. 1952, IV, n° 740, p. 531). Mais cette donnée personnelle n'a pas été retenue, alors, comme atténuant la gravité morale de la faute; elle révélait seulement l'insignifiance du préjudice causé à un employeur qui, connaissant l'indiscipline de son employé, avait montré précédemment qu'il n'y attachait pas d'importance particulière.

(34) Civ. sect. soc. 21 décembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 1088, p. 868.

(35) Paris 2 mars 1963, D. 1963.503, J.C.P. 1963.II.13140 et note B.P.

(36) Civ. sect. soc. 2 mai 1963, Bull. civ. 1963, IV, n° 372, p. 304.

(37) Civ. sect. soc. 30 janvier 1963, Bull. civ. 1963, IV, n° 105, p. 85; Civ. sect. soc. 16 décembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, n° 879, p. 726; Civ. sect. soc. 8 janvier 1964, Bull. civ. 1964, IV, n° 17, p. 13; Civ. sect. soc. 29 janvier 1964, Bull. civ. 1964, IV, n° 73, p. 59.

(38) Civ. sect. soc. 28 décembre 1951, Gaz. Pal. 1952.I.166.

employeur de l'y maintenir». On voit qu'un tel motif met sur le même plan l'incurie, qui normalement peut être tenue pour moralement reprochable, et la simple incapacité. Peu importe que celle-ci ne soit pas subjectivement répréhensible : le danger qu'elle crée n'en est pas moindre, et suffit à imposer la qualification de faute grave. La gravité de la faute n'est donc pas mesurée en fonction du blâme moral encouru, mais de la gravité des conséquences que produirait la généralisation ou la répétition du manquement considéré. Ainsi l'appréciation apparaît-elle plutôt objective. Mais ici encore il faut remarquer que les juges peuvent avoir égard à l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise (39), à condition pourtant que la faute ne soit pas trop grave en elle-même (40). On n'est donc pas en présence d'une pure appréciation *in abstracto* (41).

137. — En revanche l'appréciation *in abstracto* prévaut beaucoup plus franchement, dans un domaine tout différent, au sujet de la « faute grave » qui engage la responsabilité du preneur rural au cas d'incendie (actuellement art. 854, al. 2 du Code rural). D'une part, en effet, cette faute grave n'est pas exclue par le fait que l'agent a déployé le degré de soin qui lui était habituel et dont son expérience antérieure ne lui avait pas fait apparaître l'insuffisance (42). D'autre part, s'il est vrai que, conformément au principe général admis par la jurisprudence, une faute, et par conséquent une faute grave, ne peut être imputée à un dément ou à un *infans* (43), en revanche la diminution des facultés mentales, dès lors qu'elle n'est pas de nature à entraîner une irresponsabilité complète, est sans influence sur l'appréciation de la gravité de la faute : ainsi, selon la Cour de cassation, une faute grave peut parfaitement être retenue à l'encontre d'un sujet en état de dépression nerveuse (44) ou de celui dont la responsabilité pénale est par ailleurs atténuée « par des anomalies mentales et psychiques »,

(39) Voir, sur ce point encore, les arrêts précités de la Section sociale des 30 janvier 1963 et 29 janvier 1964.

(40) Civ. sect. soc. 7 juin 1963, Bull. civ. 1963, IV, n° 475, p. 390.

(41) En revanche, d'autres appréciations de « faute grave » en droit du travail présentent un aspect subjectif plus marqué (voir *infra*, n° 147).

(42) Civ. sect. soc. 9 juillet 1954, J.C.P. 1954.II.8416, note OURLIAC et DE JUGLART (« Une faute grave ne perd pas son caractère du seul fait qu'elle a été commise plusieurs fois sans causer de dommage... »). Rapp. Civ. sect. soc. 12 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 48, p. 38 (« La faute ne perd pas son caractère de gravité du seul fait qu'elle est souvent commise dans des circonstances semblables sans causer de dommage »).

(43) Civ. sect. soc. 4 mai 1951, D. 1951.561 et note LALOU (1^{re} espèce); Civ. sect. soc. 25 juillet 1952, D. 1954.310 et note R. SAVATIER; Civ. sect. soc. 9 mai 1953, Gaz. Pal. 1953.2.118; Civ. sect. soc. 24 mars 1960, Gaz. Pal. 1960.1.371 (motifs). La Cour de cassation n'admet pas la conception de certains tribunaux paritaires pour lesquels, s'agissant d'une faute des « personnes de la maison » du preneur (cf. art. 1735 C. civ.), il suffirait que cette faute fût « matériellement établie » pour pouvoir être imputée au fermier lui-même (Trib. parit. arr. Compiègne 24 février 1950, Gaz. Pal. 1950.2.75; Trib. parit. arr. Louhans 18 décembre 1950, Gaz. Pal. 1951.1.157 — cassé par Civ. sect. soc. 25 juillet 1952, précité).

(44) Civ. sect. soc. 27 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 570, p. 451.

dès lors que les juges n'ont pas constaté que cet individu fût irresponsable, ni par suite hors d'état de commettre une faute grave (45). Enfin il faut observer que la faute grave engageant la responsabilité du preneur rural est souvent une faute de simple inadvertance, un geste purement machinal, tel celui du fumeur qui jette inconsidérément une allumette ou une cigarette mal éteinte (46); or il faut convenir que la gravité morale d'une telle faute est fort problématique.

Bien entendu, pour ce type de faute comme pour la faute quelconque ou la faute « lourde », les données subjectives ne sont ignorées que dans la mesure où elles seraient de nature à diminuer la gravité du manquement commis. Au contraire une circonstance personnelle à l'agent peut fort bien être retenue à sa charge pour établir la gravité de sa faute (47). Mais on a vu que telle est la manière ordinaire dont la jurisprudence conçoit l'appréciation *in abstracto* (48).

138. — Ainsi l'examen de diverses fautes qualifiées « graves » ou « lourdes » fait apparaître que la tendance jurisprudentielle dominante va dans le sens d'une conception objective de la gravité des fautes, c'est-à-dire d'une appréciation *in abstracto* de cette gravité. Mais peut-on parler encore d'appréciation *in abstracto* dans les cas où le législateur, renchérissant sur la conception traditionnelle de la gravité de la faute, subordonne certains effets juridiques à une faute dite « *inexcusable* »? Ce vocable ne permet-il pas au juge de tenir compte de tout ce qui est de nature à « excuser », dans une certaine mesure, le manquement constaté, et notamment des données psychologiques particulières? Bien que sortant des limites du droit civil entendu au sens strict, la question mérite, nous semble-t-il, d'être posée. Il convient d'ailleurs de lui donner une réponse nuancée, car les éléments abstraits et subjectifs peuvent se combiner assez subtilement, et diversement, dans la notion de faute inexcusable.

139. — On n'ignore pas que c'est dans le domaine des accidents du travail qu'est d'abord apparue cette notion, avec l'article 20 de la loi du 9 avril 1898, dont se sont inspirés par la suite les articles 64 et 65 de la loi du 30 octobre 1946, puis les articles 467 et 468 du Code de la sécurité sociale. Les indemnités forfaitaires prévues par la loi sont majorées lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de

(45) Civ. sect. soc. 21 mars 1952, Bull. civ. 1952, III, n° 239, p. 174. Rapp. Chambres réunies 26 avril 1961, J.C.P. 1961.II.12205, note OURLIAC et DE JUGLART, Bull. civ. 1961, Ch. réunies, n° 5, p. 3 : la faute grave d'une adolescente de 14 ans est définie objectivement.

(46) Cf. Civ. sect. soc. 15 juin 1951, D. 1951.561 et note LALOU (2^e espèce); M. LALOU soulignait à juste titre le caractère machinal que présente une telle faute grave. Voir pourtant Trib. parit. arr. Château-Thierry 14 février 1951, D. 1951.270, Gaz. Pal. 1951.I.312, qui croit pouvoir déceler dans un tel geste un élément volontaire.

(47) Cf. Civ. sect. soc. 17 juillet 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 785, p. 619 (méconnaissance par le fermier d'un danger « dont, en sa qualité de professionnel de l'agriculture depuis 30 ans, il avait nécessairement conscience »).

(48) Voir *supra* nos 44 et s., 76 et s., 129 *in fine*, 133.

l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction (art. 468), et peuvent au contraire être diminuées lorsque cet accident résulte de la faute inexcusable de l'ouvrier ou de l'employé (art. 467, al. 2). Par la suite, la notion de faute inexcusable a été également introduite dans le domaine du droit aérien, l'article 1^{er} de la loi du 2 mars 1957 disposant que, pour l'application de l'article 25 de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 (49), la faute considérée comme équivalente au dol est la faute inexcusable (art. 42, modifié, de la loi du 31 mai 1924).

Or les textes relatifs aux accidents du travail n'avaient pas défini ce qu'il fallait entendre par faute inexcusable. C'est donc la Cour de cassation qui a dû, dans ce domaine, s'efforcer de préciser le sens de cette notion. Après une longue suite d'arrêts (50) marquant l'hésitation entre une conception concrète (51) et une conception au contraire plus abstraite (52), un célèbre arrêt des Chambres réunies du 15 juillet 1941 (53) en a formulé la définition aujourd'hui classique : « faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant, par le défaut d'un élément intentionnel, de la faute visée au § 1^{er} (de l'art. 20 de la loi de 1898) ». Cette définition a été reproduite depuis lors, parfois avec de minimes variantes de forme, par de nombreuses décisions de la Cour de cassation (54) ou des juridictions inférieures.

Il en résulte que, parmi les composantes de la faute inexcusable, il existe un élément de volonté appréhendé concrètement dans la psychologie même de l'agent, et un élément de connaissance qui, au contraire, peut être déterminé de façon abstraite.

(49) Voir *supra* n° 131, et *infra* n° 144.

(50) Sur le détail de cette évolution, on consultera notamment la note signée H.G., sous l'arrêt de la Chambre civile du 15 février 1938 (S. 1938.1.161) et celle de M. ROUAST sous l'arrêt des Chambres réunies du 15 juillet 1941 (D.C. 1941.117).

(51) Voir spécialement Req. 22 février 1932, D.P. 1932.1.25 et note ROUAST, S. 1932.1.232; Civ. 19 mars 1934, S. 1934.1.265; Req. 5 juin 1934, D.H. 1934.397.

(52) Voir spécialement Civ. 4 mai 1937, S. 1937.1.331; Civ. 15 février 1938, S. 1938.1.161 et note H.G.

(53) J.C.P. 1941.II.1705 et note MIHURA; D.C. 1941.117 et note ROUAST. Cet arrêt — Veuve Villa contre Compagnie des Assurances Générales — est souvent appelé « arrêt *Provini* », du nom de l'employeur en faute.

(54) Cf. notamment Civ. 17 octobre 1944, D. 1945.105; Civ. sect. soc. 23 février 1950, Bull. civ. 1950, III, n° 190, p. 131; Civ. sect. soc. 5 janvier 1953, Bull. civ. 1953, IV, n° 10, p. 7; Civ. sect. soc. 19 mai 1953, Bull. civ. 1953, IV, n° 387, p. 285; Civ. sect. soc. 15 octobre 1953, 20 mai 1954 et 28 octobre 1954, J.C.P. 1955.II.8513 et note G.H.G. (2^e, 3^e et 4^e espèces); Civ. sect. soc. 16 juin 1955, Bull. civ. 1955, IV, n° 530, p. 401, D. 1956 somm. 45; Civ. sect. soc. 18 juillet 1955, D. 1955.755 et note non signée (1^{re} espèce); Civ. sect. soc. 9 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 190, p. 150; Civ. sect. soc. 21 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 667, p. 529.

140. — Quand la jurisprudence, en effet, évoque « un acte ou une omission volontaire » (55), il est clair que la volonté d'agir ou de s'abstenir (qui, bien entendu, n'est pas la volonté de produire le résultat dommageable) ne peut exister qu'en la personne même de l'agent. Il n'est donc pas inexact de décrire la conduite inexcusable, au moins lorsqu'elle est positive, comme « comportant *in concreto* une volonté d'action » (56). On évitera toutefois de parler à ce propos d'« appréciation *in concreto* », car il ne s'agit là que d'une constatation de fait relative à l'attitude psychologique de l'agent, et non d'une véritable appréciation au sens où l'on emploie ordinairement ce mot lorsqu'on parle d'appréciation de la faute.

141. — En revanche, on pourrait dire sans hésitation que la faute inexcusable s'apprécie *in concreto* si la conscience du danger, autre élément de cette faute, devait véritablement exister dans l'esprit même de l'agent (alors, en effet, on traiterait différemment, en fonction d'une circonstance subjective, des gens qui ont voulu et accompli des actes identiques). Or c'est bien ce qu'avaient paru admettre certaines décisions anciennes, exigeant la conscience concrète du danger (57); mais dès 1937 la Cour de cassation cessait de se référer à cette connaissance réelle pour subordonner la faute inexcusable « à la conscience que son auteur *devait avoir* du danger résultant de son acte ou de son omission » (58). Et c'est cette formule qui s'est trouvée consacrée, on l'a vu, par l'arrêt des Chambres réunies de 1941, contre la résistance des juridictions inférieures qui persistaient à penser que l'absence de conscience du danger rendait la faute excusable (59). Depuis lors, d'ailleurs, si la plupart des décisions se bornent à reproduire la formule consacrée par les Chambres réunies, certaines s'expriment de façon encore plus explicite. Selon un arrêt de la Chambre civile du 17 octobre 1944 (60), relatif celui-là à la faute d'un ouvrier, « le caractère inexcusable de la faute ne saurait être subordonné à la connaissance par la victime du danger auquel elle s'expose;... il suffit qu'elle *ait dû* en avoir *normalement* conscience ». Il faut citer aussi, sinon pour son autorité propre, du moins pour la netteté de ses termes, une décision de la Commission régionale d'appel de sécurité

(55) Cette exigence d'un élément volontaire, il faut le remarquer au passage, avait été écartée pendant un temps par le Cour de cassation. Cf. Civ. 15 février 1938, S. 1938.1.161 et note H.G. : « Attendu que le caractère inexcusable de la faute ne saurait être subordonné à l'existence d'un élément volontaire dans son exécution... ».

(56) ROUAST, note précitée au D.C. 1941.117, spécialement p. 119, col.1.

(57) Cf. Req. 22 février 1932, D.P. 1932.1.25 et note ROUAST, S. 1932.1.232 (faute « commise sciemment »); Civ. 19 mars 1934, S. 1934.1.265 (sol. impl.); Req. 5 juin 1934, D.H. 1934.397.

(58) Civ. 4 mai 1937, S. 1937.1.331; Civ. 15 février 1938, S. 1938.1.161 et note H.G.

(59) L'arrêt cassé par les Chambres réunies (Orléans 30 octobre 1935) avait dénié la faute inexcusable en l'absence de conscience du danger, l'entrepreneur imprudent habitant lui-même avec sa famille l'immeuble qui s'était écroulé sur l'ouvrier. Il y avait là comme une évocation du vieux critère romain de l'appréciation *in concreto*, en fonction du soin apporté à ses propres intérêts (*quam suis rebus*) par le débiteur.

(60) D. 1945.105.

sociale de Marseille, du 9 novembre 1955 (61), affirmant « que cette conscience du danger doit s'entendre de façon abstraite; qu'il ne s'agit pas de conscience subjective et concrète, c'est-à-dire de la conscience qu'a eue l'auteur de la faute, mais de la conscience qu'il aurait dû avoir ». Aussi bien ce point ne saurait-il plus être mis en doute. Comme l'écrit M. Rouast, « le juge doit recourir à une comparaison avec un individu normal, au lieu de rechercher si l'auteur de la faute a eu réellement l'idée du danger qu'il provoquait. Ainsi la conduite de l'agent... est appréciée *in abstracto* en ce qui concerne les conséquences de son attitude qu'il a pu envisager » (62). Et l'éminent auteur poursuit en soulignant qu'il s'agit là d'une règle de fond, et non d'une simple présomption fondée sur la difficulté de la preuve dans l'ordre psychologique : « Il ne lui est même pas possible (à l'agent) de se disculper en prouvant qu'en fait il n'avait pas prévu ces conséquences... L'appréciation abstraite de la faute inexcusable n'est donc pas seulement un pis-aller, à défaut de preuve du caractère concret de cette faute; la Cour de cassation fait de cette appréciation abstraite une règle absolue, qui ne cède pas devant la preuve contraire ».

142. — Mais si la faute inexcusable s'apprécie ainsi *in abstracto*, dans la mesure où l'on se réfère à une connaissance normale et non subjective du péril, encore reste-t-il à déterminer s'il s'agit d'une appréciation purement abstraite — en fonction d'un type de référence absolument indépendant de la personne de l'agent — ou simplement d'une appréciation relativement abstraite, le type de référence pouvant se voir prêter certaines des particularités du sujet en cause.

Or à cet égard on constate tout d'abord que, comme toujours en matière d'appréciation *in abstracto* (63), les aptitudes particulières sont susceptibles d'être prises en considération. Ainsi relève-t-on à la charge de l'agent ses aptitudes professionnelles : les Chambres réunies dans leur arrêt de 1941, soulignent « que Provini, entrepreneur de profession, devait avoir conscience du danger... ». De façon analogue la section sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 mars 1953 (64), relève que les personnes investies de l'autorité patronale, en l'espèce, étaient mieux à même que quiconque de connaître le danger, notamment « en raison de leurs connaissances techniques » (65). De même il faut observer que la conscience concrète du danger, lorsqu'elle est certaine, est retenue comme un élément décisif (66).

(61) Gaz. Pal. 1956.I.81.

(62) Note précitée au D.C. 1941.117, spécialement p. 119, col. 1.

(63) Voir *supra* nos 44 et s., 76 et s., 129 *in fine*, 133, 137 *in fine*.

(64) D. 1953.338.

(65) Voir encore Civ. sect. soc. 9 mars 1961 (2 arrêts), Bull. civ. 1961, IV, nos 322 et 323, p. 261 et 262 : « Un homme tel que P..., à la tête d'une industrie semblable, ne pouvait pas ne pas avoir conscience des dangers... »; société « spécialisée en ce genre de travaux, dont elle ne pouvait ainsi ignorer les dangers... ».

(66) Cf. par exemple Civ. sect. soc. 17 juillet 1952, J.C.P. 1952.II.8513 et note G.H.G. (1^{re} espèce); Civ. sect. soc. 24 novembre 1955, Bull. civ. 1955, IV, n° 853, p. 642; Civ. sect. soc. 17 novembre 1960, J.C.P. 1961.II.11940 et note G.B.

Mais ce qui est plus remarquable, c'est que, contrairement à ce qui se passe d'ordinaire, même des infériorités d'ordre psychologique semblent également pouvoir, dans une certaine mesure, être prises en considération. Parfois, il est vrai, il en sera ainsi non pas pour apprécier l'existence de la faute inexcusable, mais seulement pour préciser sa gravité (car même dans cette faute extrêmement grave il peut y avoir des degrés) : ainsi une commission régionale d'appel de Sécurité sociale (67), statuant sur la faute d'un exploitant qu'elle décrivait comme un « homme d'une instruction peu développée », a-t-elle retenu cette circonstance personnelle, non pas pour dénier la faute inexcusable, mais pour n'accorder aux ayants-cause de la victime qu'une majoration symbolique de la rente forfaitaire prévue par la loi. Mais il peut même arriver que la circonstance subjective soit de nature à exclure le caractère inexcusable de la faute, au moins lorsqu'il s'agit de celle de l'ouvrier victime : ainsi la Cour de cassation a-t-elle admis qu'un fait inexcusable de la part d'un adulte pouvait être considéré comme excusable en raison du jeune âge de l'ouvrier (âgé, en l'espèce, de 15 ans) (68).

143. — On voit ainsi que l'appréciation de la faute inexcusable en matière d'accidents du travail est en réalité de caractère mixte. Cela résulte, non pas tant de l'exigence d'un acte ou d'une omission volontaire, mais du fait que la connaissance du danger est envisagée en la personne d'un type de référence qui, quoique abstrait et ne s'identifiant pas au sujet considéré, peut tout de même emprunter certaines particularités « normales » de celui-ci (la bêtise ne saurait être une excuse, mais la jeunesse peut en être une). Si l'on peut encore parler ici d'appréciation *in abstracto*, il ne faut donc pas entendre cette formule de façon trop absolue.

Mais ne faut-il pas se montrer plus réservé encore — et renoncer à l'idée même d'une appréciation *in abstracto* — en ce qui concerne la notion de faute inexcusable introduite dans le domaine du droit aérien par la loi du 2 mars 1957 ? On a pu légitimement le penser, du moins jusqu'à une époque toute récente.

144. — Relativement au *transport aérien*, en effet, le législateur (69) a estimé utile de fournir une définition de la faute inex-

(67) Comm. rég. appel Séc. sociale Marseille 9 novembre 1955, Gaz. Pal. 1956.1.81.

(68) Civ. 1^{re} sect. 9 juillet 1953, Bull. civ. 1953, I, n° 241, p. 199; J.C.P. 1953.IV. 129 : « Attendu que le Tribunal, dont la Cour a, sur ce chef, purement et simplement adopté les motifs, a encore énoncé que l'imprudence de la victime aurait constitué une faute inexcusable de la part d'un adulte, « mais qu'il n'en peut être jugé ainsi en raison de l'âge de Joseph B..., soit 15 ans au moment de l'accident » ; que son geste est excusable en raison même de cet âge, surtout qu'il n'apparaît pas que le patron ait pris des mesures de surveillance de l'atelier où d'aussi jeunes ouvriers travaillaient... » (rejet).

(69) Art. 1^{er} de la loi du 2 mars 1957.

cusable (70), en précisant que celle-ci est « la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable » (71).

Lu sans idée préconçue, ce texte paraît bien impliquer que l'agent ne peut commettre une faute inexcusable que s'il a, réellement et concrètement, conscience du danger (72). Cependant il semble bien que le législateur ait voulu consacrer la notion même de faute inexcusable qu'avait dégagée la jurisprudence en matière d'accidents du travail (le projet de loi initial était explicitement rédigé en ce sens, et le changement qui lui a été apporté sur ce point paraît avoir eu pour but, non pas de modifier la notion de faute inexcusable, mais simplement de la fixer *ne varietur* en incluant la définition dans la loi elle-même). Aussi bien, le Doyen Ripert (73) n'hésitait-il pas à affirmer que la disposition en question « est empruntée à la définition de la faute inexcusable relevée en matière d'accidents du travail », et à citer à ce propos l'arrêt des Chambres réunies du 15 juillet 1941.

En présence de cette difficulté, les tribunaux ont semblé néanmoins enclins à envisager *in concreto* la conscience du danger. Ainsi le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 25 mai 1960 (74), a-t-il refusé d'adopter une interprétation qui « ferait abstraction de la conscience du danger que doit avoir l'auteur de l'accident » (75). De même, un jugement du Tribunal civil de Caen (76) — confirmé sur ce point, par adoption de motifs, par un arrêt du 17 janvier 1962 (77) — exigeait que l'agent « ait agi consciemment, de propos délibéré ». La Cour d'appel de Nîmes, dans un arrêt du 3 novembre 1961 (78), requérait une faute « commise en toute conscience du péril auquel on expose le passager ». Le tribunal civil de Clermont-Ferrand — jugement du 9 février 1962 (79) — faisait de cette idée une applica-

(70) Cette définition avait été suggérée par l'Association Française de Droit Aérien (voir sur ce point : RIPERT, La responsabilité dans le transport aérien, D. 1957, chron., p. 79 et s. et spécialement p. 81, col. 2) et par M. le Doyen CHAUVEAU (Le projet de loi sur la responsabilité du transporteur par air, D. 1955, Chron., p. 81 et s., et spécialement p. 84, note 1).

(71) On rapprochera de ce texte le nouvel article 25 de la Convention de Varsovie, applicable depuis l'entrée en vigueur du Protocole de La Haye du 28 septembre 1955. Ce texte ne fait pas expressément mention de la faute inexcusable, mais se réfère à un acte (ou omission) fait « témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement ».

(72) Le texte de la loi de 1957 est pourtant moins net en ce sens — nous semblait-il — que celui du Protocole de La Haye cité à la note précédente.

(73) Chronique précitée, p. 81, col. 2. Voir dans le même sens : note SAINT-ALARY, sous Trib. civ. Caen 24 janvier 1961, D. 1961.779.

(74) Rev. fr. dr. aérien 1960.421 et concl. FAUTZ.

(75) Le verbe « doit », à vrai dire, pourrait sembler équivoque. Mais il n'est pas douteux qu'il se rapportait, en l'occurrence, à une exigence légale s'imposant au juge, et non à un devoir pesant sur le transporteur ou son préposé.

(76) Trib. civ. Caen 24 janvier 1961, D. 1961.779 et note SAINT-ALARY, J.C.P. 1961.II.12214 et note DE JUGLART (3^e espèce).

(77) Caen 17 janvier 1962, D. 1962.650, J.C.P. 1962.II.12679 et note DE JUGLART.

(78) J.C.P. 1962.II.12932 et note DE JUGLART (1^{re} espèce).

(79) *Ibid.* (2^e espèce).

tion particulièrement typique, en écartant la faute inexcusable au motif « que le pilote n'a jamais eu conscience du danger créé... » et « qu'il ignorait même la réglementation comme celle interdisant le transport de produits inflammables... ». Citons enfin un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 7 juin 1962, qui écartait aussi la faute inexcusable, en faisant notamment état de la « moralité » du pilote (80). On était loin, on le voit, de la conscience du danger appréciée abstraitement par référence à une personne normale.

On pouvait, il est vrai, se demander si les tribunaux, en interprétant et appliquant littéralement l'article 1^{er} de la loi du 2 mars 1957, percevaient clairement la discordance qui existe entre la lettre de ce texte et la formule jurisprudentielle qui l'avait inspirée. Il est permis d'en douter, en constatant que certaines des décisions citées (81) se référaient expressément à l'arrêt des Chambres réunies du 15 juillet 1941, qui avait au contraire consacré le principe de l'appréciation *in abstracto*.

145. — Aussi bien la Cour de cassation a-t-elle réagi, tout récemment, contre une appréciation *in concreto* qui rendait à peu près inconcevable la faute inexcusable en matière de transport aérien. Le 5 mars 1964 (82) elle a cassé l'arrêt précité de la Cour de Caen du 17 janvier 1962, en éludant la question de la conscience subjective du péril et en relevant simplement l'ensemble des circonstances qui auraient dû normalement révéler au pilote la témérité de son attitude. Par là, se trouve consacré ici encore, semble-t-il, le système de l'appréciation *in abstracto*, comme pour la plupart des fautes dites graves ou lourdes.

On ne saurait en conclure, cependant, que la gravité des fautes doit donner lieu en toute hypothèse à une appréciation purement abstraite. Parmi les manquements soumis au juge civil, il en est d'autres, en effet, dont la sanction ne peut être envisagée sans qu'interviennent des considérations morales, ce qui impose d'avoir égard à la gravité subjective de la faute.

Section II

LA GRAVITÉ SUBJECTIVE DE LA FAUTE

146. — Si la gravité des fautes est généralement appréciée de façon objective, le souci de prévention imposant de sanctionner très fermement les comportements par trop nuisibles ou dangereux en

(80) Paris 7 juin 1962, J.C.P. 1963.II.12990 et note DE JUGLART.

(81) Cf. Trib. civ. Caen 24 janvier 1961 et Nîmes 3 novembre 1961, précités.

(82) Civ. 2^e sect. 5 mars 1964, J.C.P. 1964.II.13696 et note de DE JUGLART, D. 1964.362.

eux-mêmes, en revanche une appréciation différente peut prévaloir lorsqu'il s'agit d'appliquer certaines sanctions qui apparaîtraient injustes en l'absence d'une culpabilité véritable. On comprend qu'il puisse en être ainsi à propos de certaines peines privées. Mais même en dehors de cette hypothèse, il est concevable qu'une sanction de caractère plus préventif que punitif, lorsqu'elle présente une extrême gravité, soit subordonnée à l'exigence d'une faute morale : le cas typique, à cet égard, est celui du divorce.

147. — On n'insistera pas, pourtant, sur le cas des *peines privées* qui, excédant ce qu'exigerait la réparation du dommage, sont subordonnées à la constatation d'une faute comportant un élément moral. Lorsqu'il en est ainsi, en effet, le critère ordinaire est celui de la faute intentionnelle définie par la mauvaise foi (ainsi dans le cas du recel successoral ou du recel de communauté). Le juge n'a donc pas besoin de se livrer, dans chaque cas particulier, à une appréciation morale touchant la gravité de la faute : il lui suffit de constater en fait l'existence ou l'inexistence d'une donnée psychologique précise, définie de façon générale et abstraite.

Il faut observer pourtant que c'est parfois la simple notion de faute « grave » qui intervient pour permettre l'application d'une peine privée procurant à la victime un enrichissement exorbitant. En ce cas une véritable appréciation est nécessaire, et il est juste qu'elle s'opère *in concreto*.

On peut en citer comme exemple la faute grave qui retire à un représentant de commerce son droit à l'indemnité de licenciement (art. 29 *o*, liv. I, C. du trav.). Selon la jurisprudence, cette faute peut n'être pas retenue même si le manquement constaté a eu pour conséquence objective de jeter le trouble dans l'entreprise, dès lors que ce manquement résulte d'un simple « mouvement d'humeur » (83). De même, cette faute peut être appréciée « eu égard à la situation que le représentant avait acquise dans l'entreprise », après de nombreuses années de services (84). « S'agit-il de l'indemnité de clientèle — écrit en effet M. Camerlynck (85) —, on comprend l'exigence d'une faute « subjective » d'une gravité caractérisée et dont l'auteur apparaît impardonnable. L'indemnité de clientèle, compensant le préjudice causé par le licenciement, correspond en effet aux efforts fournis dans le passé par le représentant pour créer ou développer la clientèle. On ne saurait l'en priver à la légère, en enrichissant corrélativement l'employeur ». Le même auteur poursuit en observant que lorsqu'il s'agit du préavis, au contraire (art. 23, al. 2 et 29 *m*, liv. I, C. trav.), c'est le bon fonctionnement de l'entreprise qui est en jeu, ce qui jus-

(83) Cf. Civ. sect. soc. 14 décembre 1960, J.C.P. 1961.II.12307 et note CAMERLYNCK.

(84) Civ. sect. soc. 25 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 551, p. 439.

(85) Note précitée au J.C.P. 1961.II.12307.

tifie que la faute grave « soit avant tout, objectivement, celle qui interdit de maintenir l'intéressé en fonction » (86).

Il est d'autres cas où une peine privée, pouvant excéder la simple réparation du dommage, est liée à l'appréciation de la gravité de la faute. Ainsi la Cour de cassation admet-elle que l'astreinte est normalement liquidée, non seulement en fonction des facultés du débiteur, mais également « en fonction de la gravité de la faute » commise par celui-ci (87). Il semblerait juste qu'ici encore cette gravité fût appréciée *in concreto*.

148. — Mais les peines privées ne sont pas les seules sanctions qui puissent faire intervenir une appréciation de la gravité subjective de la faute. D'autres sanctions, en raison de leur gravité, requièrent également du juge civil la prise en considération de la culpabilité morale personnelle. Le cas typique qui mérite d'être examiné est celui du divorce ou de la séparation de corps.

On sait que, mises à part les causes dites « péremptoires », le divorce ou la séparation de corps est actuellement subordonné, en droit français, à l'existence d'excès, sévices ou injures constituant une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, et rendant intolérable le maintien du lien conjugal (art. 232 et 306 C. civ.). Or la « violation grave » ici requise suscite la même question que toute faute grave ou lourde : la gravité doit-elle être appréciée *in abstracto* ou *in concreto* ?

Assurément une appréciation objective est initialement nécessaire. Quelle que soit l'attitude mentale répréhensible qui puisse inspirer une faute, celle-ci ne saurait être tenue pour grave si elle était de nature à causer seulement, en toute hypothèse, un préjudice insignifiant (en ce cas, d'ailleurs, la condition exprimée par l'adjectif « intolérable » ne serait pas remplie). Mais en présence de torts d'une gravité objective certaine, convient-il d'admettre que des considérations psychologiques subjectives puissent retirer à ces torts leur caractère de gravité ? Cela paraît tout à fait concevable, puisque le divorce est regardé dans notre droit — il est banal de l'observer — comme une véritable *sanction* présentant un caractère punitif, et non pas comme un simple remède à une situation intolérable.

On ne sera donc pas surpris de constater que les tribunaux, en cette matière, tiennent souvent compte des données personnelles qui sont de nature à atténuer la gravité des fautes commises.

149. — Sans doute on ne saurait invoquer comme typiques, à cet égard, les décisions qui se fondent, pour rejeter la demande, sur

(86) On a vu, cependant, qu'en matière de préavis la jurisprudence récente n'adopte pas une conception purement abstraite et objective de la gravité de la faute : voir *supra* n° 135.

(87) Civ. 1^{re} sect. 20 octobre 1959, J.C.P. 1960.II.11449 et note Pierre MAZEAUD. Rapp. Civ. 1^{re} section 20 janvier 1960, J.C.P. 1960.II.11483.

l'état de démence du défendeur (88). Ces décisions sont suffisamment expliquées par l'idée selon laquelle aucune faute ne peut être relevée en l'absence d'imputabilité, — idée dont on sait qu'elle est admise par la jurisprudence à propos de toute faute civile.

On ne s'attardera pas davantage sur le cas des infirmités physiques qui empêchent un époux de satisfaire aux devoirs et obligations résultant du mariage. Nul grief ne saurait évidemment être fait à l'époux que son état physique empêche de travailler et, par suite, de subvenir aux besoins du ménage. Dans un autre ordre d'idées, il est constant que l'abstention résultant de l'impuissance sexuelle ne constitue pas, en elle-même, une cause de divorce (89). Mais on a vu que l'appréciation *in abstracto*, telle que la conçoit la jurisprudence d'une manière générale, n'empêche pas de prendre en considération les inaptitudes physiques (90). Aussi est-ce la faute elle-même qui disparaît en de tels cas, et non pas sa gravité qui se trouve atténuée.

150. — Plus intéressantes sont les décisions qui apprécient la gravité des torts en tenant compte du milieu social ou de l'éducation des parties (91). Encore faut-il observer qu'il y a quelque ambiguïté dans la référence à de telles données, car celles-ci affectent le caractère « intolérable » du manquement — au point de vue de la victime — en même temps que la gravité de la faute, envisagée du côté de son auteur.

(88) Cf. Req. 5 août 1890, D.P. 1891.I.365; Req. 15 mai 1912, D.P. 1912.I.303; Civ. 19 décembre 1951, Gaz. Pal. 1952.I, tables, v^o Divorce, n^{os} 18-19; Civ. 2^e sect. 2 mai 1958 (motifs), D. 1958.509 et note ROUAST. Bordeaux 27 janvier 1897, D.P. 1898.2.199; Dijon 29 novembre 1923, D.P. 1924.2.46; Lyon 3 mai 1939, Gaz. Pal., tables quinq. 1935-1940, v^o Divorce, n^o 9; Rennes 8 mars 1944, D.A. 1944.101, S. 1945.2.46; Trib. civ. Hazebrouck 11 octobre 1950, D. 1950.693; Paris 20 octobre 1951, Gaz. Pal. 1952.I.49, J.C.P. 1952.II.6813; Lyon 6 novembre 1953, Gaz. Pal. 1954.2, tables, v^o Divorce, n^o 8. Et cela est vrai même pour l'adultère, cause « péremptoire » de divorce : Caen 31 décembre 1889 (implicite), D.P. 1891.2.280; Montpellier 11 mars 1953, D. 1953.258, J.C.P. 1953.II.7557 et note G.M., Gaz. Pal. 1953.I.373 (rapp., pour le cas d'une femme en état de syncope : Trib. civ. Niort 21 novembre 1960, D. 1961.247). Voir sur ces questions : PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. II par A. ROUAST, n^o 517; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 6^e éd. par P. ESMEIN, t. VII, § 476.

(89) Req. 22 février 1899, S. 1899.I.189; Req. 12 novembre 1900 (motifs), D.P. 1901.I.21, S. 1901.I.80; Trib. civ. Le Mans 11 mars 1941, Gaz. Pal. 1941.I.281, J.C.P. 1941.II.1657 (II).

(90) Voir *supra* n^{os} 31 et s., 94 et s. On ne méconnaît pas, cela va de soi, que l'impuissance peut être sous la dépendance du psychisme (cf. Trib. civ. Le Mans 11 mars 1941, précité). Mais il est clair que, même en ce cas, elle manifeste tout autre chose qu'un manque de raison; il n'en serait autrement — et alors il pourrait y avoir faute grave — que s'il y avait refus de se soumettre à un traitement psychothérapique (Civ. 2^e sect. 16 décembre 1963, D. 1964.227, J.C.P. 1964.II.13660 et note J.A.).

(91) Cf. notamment Civ. 2^e sect. 25 avril 1958, Bull. civ. 1958, II, n^o 288, p. 193; Civ. 2^e sect. 21 juillet 1960, D. 1960 somm. 29. Paris 18 juin 1955, D. 1956.8; Paris 15 mai 1959, D. 1959 somm. 69. (Comp., dans un tout autre domaine, Civ. sect. soc. 15 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, n^o 196, p. 155 : considération du milieu social pour apprécier la faute excluant la qualité d'occupant de bonne foi au sens de la loi du 1^{er} septembre 1948).

151. — Les décisions les plus significatives sont donc celles qui retiennent, d'un point de vue subjectif, des données psychologiques que l'on ne prendrait pas en considération dans le droit de la responsabilité.

Parfois, il est vrai, les juges hésitent à s'engager dans cette voie, et semblent tenir pour inopérante une simple atténuation de la responsabilité morale (92). Mais la plupart des juridictions tiennent compte des faiblesses psychologiques qui n'ont d'autre portée que de diminuer la gravité des torts. Ainsi un arrêt a-t-il rejeté une demande en divorce au motif que les torts invoqués s'expliquaient par des anomalies mentales et physiques (dus notamment à la maladie de Parkinson), tout en relevant que ces anomalies n'étaient pas suffisantes pour rendre la malade totalement irresponsable (93). De même les juges du fond, sans encourir la censure de la Cour de cassation, se fonderont sur ce que les torts d'un époux sont la conséquence d'une « nervosité malade » due à la neurasthénie (94), de « troubles psychiques caractérisés par de l'instabilité et de l'irritabilité » (95), d'un « état d'asthénie et de dépression » (96), ou même simplement d'un « état de santé déficient » (97).

A vrai dire, la Cour de cassation se borne, sur ce point, à laisser le champ libre à l'appréciation des juges du fond. Si ceux-ci estiment que les anomalies mentales du sujet (par hypothèse non dément) n'empêchent pas de considérer comme graves les torts relevés à sa charge, une telle appréciation sera critiquée en vain par la voie du pourvoi en cassation (98). Mais il n'en reste pas moins que l'appréciation concrète et psychologique de la gravité n'est pas davantage censurée et ne se heurte, par conséquent, à aucun obstacle juridique (99).

Dans ce domaine particulier du divorce et de la séparation de corps, il y a donc place pour une appréciation de la gravité subjec-

(92) Cf. Trib. civ. Orange 9 décembre 1949, Gaz. Pal., tables quinq. 1946-50, v^o Divorce, n^o 47.

(93) Aix-en-Provence 23 septembre 1940, Sem. jur. 1940.II.1545. Voir également, pour la négligence et l'indolence résultant d'un état de dépression nerveuse : Paris 14 février 1958, D. 1958, somm. 67 (en matière de séparation de corps).

(94) Req. 4 mars 1902, D.P. 1902.I.192.

(95) Civ. 2^e sect. 15 juin 1955, D. 1956 somm. 34.

(96) Civ. 2^e sect. 30 novembre 1955, Bull. civ. 1955, II, n^o 545, p. 332.

(97) Civ. 2^e sect. 21 juin 1961, Bull. civ. 1961, II, n^o 477, p. 339.

(98) Voir par exemple : Req. 7 juin 1901, D.P. 1901.I.397; Civ. 2^e sect. 19 janvier 1961, Bull. civ. 1961, II, n^o 55, p. 37; Civ. 2^e sect. 31 octobre 1962, D. 1963 somm. 53, Bull. civ. 1962, II, n^o 683, p. 498.

(99) Il faut observer qu'en ce qui concerne les causes « péremptoires » de divorce, il n'y a place, au contraire, que pour l'appréciation la plus abstraite (réserve faite de la contrainte et de la démence). Ainsi, à l'erreur de droit invoquée pour dénier l'élément intentionnel de l'adultère, la jurisprudence répond par le simple recours à l'idée que nul n'est censé ignorer la loi (Civ. 1^{er} mai 1939, D.C. 1941.56 et note J.C., S. 1939.1.227, J.C.P. 1939.II.1168 et note DELAUME; Aix 12 décembre 1960, D. 1961.479 et note MIMIN. Rapp. Civ. 29 janvier 1936, D.P. 1937.I.15, S. 1936.I.312).

tive de la faute (100). La rupture ou le relâchement du lien conjugal sont en effet trop nuisibles pour pouvoir être admis en dehors du cas où, sanctionnant une véritable culpabilité, ils revêtent une apparence de justice.

152. — *Conclusion du chapitre.* — Il apparaît ainsi que le juge civil, selon les domaines considérés, envisage la gravité des fautes en se plaçant à deux points de vue bien différents. Parfois cette gravité est une notion purement sociale et objective, le souci de la sécurité juridique interdisant toute mesure de faveur au bénéfice de ceux dont l'attitude est par trop déraisonnable ou dangereuse, indépendamment de la gravité morale de la faute ainsi commise. On pense en effet que le rôle préventif de la sanction risquerait d'être compromis par certaines dispositions ou stipulations indulgentes — comme les limitations ou exclusions de responsabilité — qui sont de nature à développer un relâchement nuisible. Cette considération conduit à exclure de telles mesures de faveur lorsque l'on se trouve en présence d'une attitude en soi trop nuisible, même en l'absence de toute culpabilité profonde. On sanctionne alors la gravité des fautes, simplement dans la mesure où elle témoigne d'un état dangereux par trop caractérisé.

Au contraire, la sanction d'autres fautes graves intervient dans un contexte juridique ou humain tout différent. Il en est ainsi lorsque cette sanction, exorbitante du droit commun, revêt un aspect afflictif qui interdit de l'appliquer en l'absence d'une faute morale gravement répréhensible. Il en va de même quand la sanction porte atteinte à des intérêts majeurs et à des valeurs essentielles (ainsi, en matière de divorce, l'intérêt social et la morale exigent que les époux supportent leurs mutuelles faiblesses : la sanction est ici trop lourde de conséquences pour être justifiée par le seul souci de remédier à un état préjudiciable). En de tels cas la gravité de la faute va encore, certes, jouer son rôle; mais il ne suffira plus d'une gravité objective; il faudra aussi une grave culpabilité subjective, qui puisse faire paraître juste une sanction particulièrement lourde.

L'opposition qui apparaît ainsi, entre les modes d'appréciation de la gravité des fautes, n'a donc rien de paradoxal. Elle ne fait que traduire la dualité des fins — soit sociales, soit morales — qui peuvent inspirer le droit pour régler les relations humaines et départager les intérêts en conflit.

Encore n'est-il pas douteux que les considérations d'utilité sociale soient largement prédominantes. L'appréciation *in concreto* n'apparaît qu'assez exceptionnellement et pour se surajouter à une appréciation objective de la gravité des fautes, laquelle demeure en toute hypothèse nécessaire. Il ne semble pas artificiel de dire qu'ici encore l'appréciation *in abstracto* constitue la règle de principe.

(100) Cela ne doit pas être confondu avec ce que l'on a appelé « l'individualisation des peines du divorce » (cf. RODIÈRE, notes au S. 1953.1.101, et 1954.1.141), laquelle se rattache à l'idée que les juges ont la faculté de refuser (ou même de modérer?) la pension de l'article 301 en raison de fautes commises par l'époux au bénéfice duquel est prononcé le divorce.

CONCLUSION DU TITRE I^{er}

153. — Les différentes analyses auxquelles on s'est livré jusqu'ici font ressortir, en ce qui concerne le jugement de la faute civile, une indéniable prédominance de l'appréciation *in abstracto*. D'une part, en effet, — réserve faite d'exceptions dont l'importance pratique est des plus réduites — l'illicite s'apprécie par référence au type général de l'homme droit et avisé. D'autre part la notion d'imputabilité, entendue concrètement, n'intervient que dans des cas extrêmes où la raison fait totalement défaut. Enfin la gravité des fautes s'apprécie elle-même, le plus souvent, de façon abstraite et objective.

154. — Constatant cette prépondérance de l'appréciation *in abstracto* relativement à la faute civile, certains sont enclins à penser qu'elle contraste avec l'appréciation *in concreto* qui constituerait le principe en ce qui concerne la faute pénale (1). Nous ne croyons pas, cependant, qu'il faille insister outre mesure sur une telle opposition.

Certes la gravité de la faute pénale — considérée par le juge pour fixer la peine (2) — est susceptible d'être appréciée *in concreto*, en tenant compte notamment des antécédents psychologiques. Mais quant à son existence même, la faute pénale aussi s'apprécie de façon abstraite. D'une part, en effet, il existe un grand nombre d'infractions non intentionnelles, dont l'existence se constate soit par l'application automatique d'une règle précise et déterminée (cas des infractions « contraventionnelles »), soit par une appréciation *in abstracto* identique à celle de la faute civile quasi-délictuelle (cas des délits d'imprudence (3)). D'autre part, même quand il s'agit des infractions

(1) Cf. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n^{os} 418 et 639; mais voir les réserves et les nuances importantes dont cette opinion est assortie, aux n^{os} 64 et 65 du même ouvrage.

(2) L'importance accordée à la gravité de la faute, pour la fixation de la peine, tend d'ailleurs à décliner de plus en plus. Si l'on se préoccupe de la personnalité du délinquant, c'est surtout, de nos jours, pour apprécier son « état dangereux » et, plus encore, ses possibilités d'amendement et de réadaptation sociale.

(3) On sait que la jurisprudence persiste à identifier les fautes civiles et pénales d'imprudence, selon le principe posé par l'arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1912 (Gaz. Pal. 1913.1.107, S. 1914.1.249 et note MOREL, D. 1915.1.17).

intentionnelles, une véritable appréciation *in concreto* supposerait que l'on prenne en considération toutes les circonstances qui sont de nature à effacer subjectivement la faute, et que l'on refuse de juger coupable, notamment, celui qui a enfreint la loi parce qu'il l'ignorait, ou encore sous l'impulsion d'un mobile généreux et sincère; or il n'en est rien. L'élément moral de l'infraction consiste en une intention définie abstraitement et jugée une fois pour toutes. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de trop s'arrêter sur une opposition entre la faute civile, appréciée *in abstracto*, et la faute pénale, qui serait appréciée *in concreto*. Il semble nécessaire d'observer, au contraire, que, dans l'un et l'autre domaine, la protection de l'intérêt général interdit de dénier la faute en fonction d'excuses subjectives.

155. — Il n'en est pas moins vrai, pourtant, qu'une appréciation *in abstracto* appliquée au seul comportement matériel suscite des problèmes que ne pose pas une norme abstraite visant également la volonté. Elle conduit en effet à ceci que des gens se trouvent en faute par le simple effet de leurs inaptitudes, ce qui peut paraître injuste. En constatant que l'appréciation *in abstracto* s'applique aux fautes non-intentionnelles, qui en matière de responsabilité civile sont de beaucoup les plus nombreuses, on peut donc éprouver comme une sorte de malaise. On souhaiterait sans doute, à ce point de l'analyse, voir dégager la signification et démontrer le bien-fondé de ce mode de raisonnement.

Cependant il est encore trop tôt pour conclure de la sorte. Pour connaître et comprendre pleinement l'appréciation *in abstracto* de la faute, il faut avoir fait plus que d'en constater l'existence, il est indispensable d'en avoir dégagé les raisons profondes, et d'avoir saisi ce qu'est exactement ce type de comparaison abstrait dont on a déjà parlé, mais dont on ne possède encore qu'un signalement bien imprécis. Mieux vaut donc ne pas vouloir tirer dès maintenant une leçon qui risquerait d'être prématurée. Il faut d'abord s'interroger — ce sera l'objet du titre suivant — sur les fondements et la mise en œuvre de l'appréciation *in abstracto* de la faute.

TITRE II

FONDEMENTS ET MISE EN ŒUVRE DE L'APPRÉCIATION IN ABSTRACTO DE LA FAUTE

156. — L'appréciation *in abstracto* de la faute peut rendre perplexes, il faut en convenir, ceux qui joignent au sens de la justice le désir de comprendre pleinement les choses. On juge la conduite d'une personne déterminée, qui a ses faiblesses, ses ignorances, ses impulsions propres, et, systématiquement l'on ignore toutes ces données concrètes. Que cela présente des avantages d'un point de vue social, on le conçoit aisément; mais est-ce véritablement juste? En outre, refusant de considérer l'individu concret, de quels principes va-t-on s'inspirer pour fixer les qualités du parangon en fonction duquel on va juger chacun? La réponse à ces questions est loin d'être évidente.

Pour tenter d'y voir clair, la première chose à faire est d'expliquer rationnellement les fondements sur lesquels repose cette référence à un type humain abstrait. Mais d'autre part il faut préciser la physionomie de celui-ci, se demander si c'est un homme moyen ou au contraire un modèle supérieur, s'il est toujours le même ou s'il varie selon les circonstances et les activités considérées, s'il déploie un soin ordinaire, ou très poussé, ou variable selon les cas...

Les problèmes à résoudre doivent donc être examinés sous deux rubriques distinctes. On essaiera d'abord de dégager *les fondements de la référence à un type humain abstrait* (Chap. 1^{er}); on s'efforcera ensuite de préciser *la détermination du type de référence abstrait* (Chap. II).

CHAPITRE I

Les fondements de la référence à un type humain abstrait

157. — Si le juge recourt à l'appréciation *in abstracto* relativement à la faute civile, c'est évidemment que cette dernière notion présente un caractère plus social que moral. S'il s'agissait de porter un jugement moral sur la conduite d'une personne, il serait en effet nécessaire de faire une large place à l'appréciation *in concreto* (1). Au contraire on comprend immédiatement, du point de vue de l'intérêt général, l'utilité de l'appréciation *in abstracto* : en ce qui concerne la prévention des dommages, il y a tout avantage à fixer une règle uniforme (assortie de sanction) pour inciter les moins doués à redoubler de soin et de vigilance; et d'autre part c'est une sécurité pour tous de savoir que l'on obtiendra réparation du dommage dû à la maladresse, à la bêtise ou à l'ignorance de n'importe qui.

Suffit-il, pourtant, de s'en tenir à ces remarques banales, et de rappeler que le droit poursuit essentiellement des fins sociales, pour se flatter d'avoir pleinement compris l'appréciation *in abstracto* de la faute civile? Ce serait une illusion de le croire.

On ne peut oublier, en effet, qu'en face de l'intérêt des victimes (ou des victimes éventuelles) de dommages, il existe un intérêt anti-thétique, celui des individus considérés en tant que sujets de devoirs ou d'obligations, aspirant à pouvoir vivre et agir sans risquer de se voir reprocher leurs actes. Ceux-là, à vrai dire, n'ont rien à redouter de l'appréciation *in abstracto* de la faute si, étant normalement doués,

(1) Cf. L. MAZEAUD, La faute et le péché, Cahiers du Cercle thomiste (Foyer des étudiants, Abbassieh, Le Caire), 1935, p. 176 et s. Bien entendu, on ne méconnaît pas le caractère abstrait des règles morales; mais il va de soi qu'une *faute* morale ne peut être affirmée sans considération de la culpabilité subjective.

ils font preuve de soin et ne se permettent pas de défaillance. Seule peut en souffrir une minorité d'inaptes, dont on serait tenté de dire qu'ils sont trop peu nombreux pour que l'on puisse en tenir compte à l'encontre de l'intérêt général. Mais raisonner ainsi, ce serait perdre de vue que le droit doit demeurer fidèle à un idéal de justice et avoir égard à chaque individu. Dans une conception humaniste, il ne suffit pas d'évoquer l'utilité sociale pour légitimer, de façon automatique et absolue, toute méconnaissance de l'intérêt du petit nombre. Si un tel sacrifice est souvent nécessaire, encore faut-il se demander, dans toute la mesure du possible, s'il est justifié. Or cette recherche n'est-elle pas, précisément, exclue par le recours systématique à l'appréciation *in abstracto*?

Le problème ne se pose guère, il est vrai, en ce qui concerne l'appréciation *in abstracto* de la gravité des fautes. En ce domaine, une fois rappelée l'évidente utilité sociale de ce mode de raisonnement abstrait, on peut méconnaître sans grand scrupule l'intérêt particulier de ceux dont on sait déjà, par hypothèse, qu'ils sont en faute. Mais à propos de l'existence même de la faute, l'appréciation abstraite de l'illicite, jointe à une conception démesurément extensive et quasi fictive de l'imputabilité, demande incontestablement à être expliquée au regard d'une exigence fondamentale de justice à laquelle ne saurait faire échec la seule loi du nombre.

158. — Certaines explications, d'ailleurs, bien qu'elles se présentent assez naturellement à l'esprit, doivent être écartées d'emblée comme étant étrangères au problème ou, du moins, peu décisives.

C'est ainsi, tout d'abord, qu'il ne saurait être question d'invoquer ici la formule célèbre de la Déclaration des droits de 1789 (2), selon laquelle la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Certes le terme de loi peut être entendu, dans ce texte, de façon très extensive. Mais il est évident qu'une telle formule répond, historiquement, à une préoccupation politique précise, qui est la crainte de l'arbitraire et du privilège non fondé en raison. On n'en saurait tirer aucune objection de principe contre des discriminations juridiques établies logiquement en fonction de particularités humaines incontestables. Si la justice requiert que la règle de droit soit générale, cette exigence n'exclut aucunement l'existence de régimes spéciaux, pourvu que ceux-ci aient vocation à s'appliquer à tous les individus d'une catégorie, si restreinte soit-elle numériquement. Comme l'ont montré Vareille-Sommières (3) et, plus récemment, le Doyen Dabin (4), il suffit que le régime spécial ne soit pas réservé à un ou plusieurs sujets déterminés par leur seule individualité personnelle.

(2) Article 6.

(3) Les principes fondamentaux du Droit, Paris 1889, p. 8 et 9.

(4) La philosophie de l'ordre juridique positif, Sirey 1929, n° 14, p. 52 à 54.

S'il fallait une démonstration supplémentaire en ce sens, il suffirait d'ailleurs de rappeler que la jurisprudence n'hésite pas à déterminer les devoirs en tenant compte de certaines particularités (infirmités physiques, aptitudes supérieures). Or l'individualisation de la règle juridique n'est pas moindre, en ces hypothèses, qu'elle ne le serait si l'on avait égard aux insuffisances d'ordre psychologique. Mais ni dans l'un ni dans l'autre cas, en réalité, il n'y a d'atteinte au principe d'égalité : on ne saurait rien voir d'inéquitable, en soi, dans le fait d'imposer des devoirs différents à des hommes différents.

159. — En dépit de la part de vérité qu'elles contiennent, d'autres explications doivent encore être regardées comme insuffisantes pour justifier l'appréciation *in abstracto* telle que la pratique le droit positif : ce sont celles qui ne constituent que des réfutations de l'idée (à vrai dire peu soutenable) d'une appréciation purement subjective de la faute.

Tel est le cas, en premier lieu, de l'argumentation développée sur le terrain de la preuve (5). S'il est vrai, en effet, que de grandes difficultés de preuve seraient soulevées par une pure appréciation *in concreto*, qui s'attacherait à établir quelle était dans la conscience de l'agent l'exakte probabilité du dommage, il serait au contraire facile, en bien des cas, de se référer à un type psychologique moyennement abstrait, qui fournirait une approximation beaucoup plus proche de la réalité que ne peut le faire la considération d'un type humain invariable. En présence du dommage causé par un enfant, par exemple, ou par un homme dépourvu d'instruction, il serait relativement aisé de se demander comment aurait normalement agi, dans les mêmes circonstances, un autre enfant du même âge ou un autre individu peu instruit. La possibilité d'un tel raisonnement est d'autant moins contestable que la jurisprudence étrangère en offre des exemples (6). Or nos tribunaux — réserve faite du problème de l'imputabilité — refusent de s'engager dans cette voie, ce qui montre bien que la référence à un type abstrait se justifie à leurs yeux par des raisons plus profondes que la simple difficulté de la preuve dans l'ordre psychologique.

160. — Pour une raison analogue, il ne faut accorder que la valeur d'une explication très partielle à l'argument selon lequel l'appréciation *in concreto* libérerait de tout devoir ceux chez qui l'imprudence ou la négligence, passées à l'état d'habitude, sont devenues comme une seconde nature (7). Cet argument, où perç comme une réminis-

(5) Voir notamment : ESMEIN, La faute et sa place dans la responsabilité civile, Rev. trim. droit civil 1949, p. 481 et s., spécialement n° 5; MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 421.

(6) Voir notamment : Tribunal d'Empire 6 mars 1911, cité par LÉGAL, thèse précitée, p. 117-118.

(7) Cf. SOURDAT, Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, 6^e éd., n° 657.

cence pascalienne, ne vise à réfuter que la pure appréciation *in concreto*, et spécialement celle qui, à la manière romaine, se réfère au comportement habituel de l'agent dans la gestion de ses propres affaires. Mais, s'il est assurément choquant de donner une sorte de prime à l'indolence habituelle (voir pourtant l'art. 1927 C. civ), le même scandale ne résulterait aucunement d'une appréciation modérément individualisée, qui tiendrait compte de dispositions personnelles indépendantes de la volonté (par ex. le manque de maturité, la vieillesse, la faiblesse d'esprit etc.). Si notre jurisprudence refuse d'aller en ce sens, c'est donc en fonction d'autres considérations.

161. — Ces considérations, qui justifieraient non seulement le recours à un type abstrait mais aussi le refus de corriger ce type de référence en fonction des déficiences psychologiques concrètement observables, on a cru parfois pouvoir le découvrir dans le domaine philosophique, en fondant l'appréciation *in abstracto* de la faute sur l'idée du libre-arbitre humain.

Cette opinion a été formulée notamment par M. Esmein (8), et soutenue avec une particulière vigueur par M. Starck (9). « Dire — écrit ce dernier auteur — que l'homme est en faute pour ne pas avoir prévu ou évité le dommage qu'un homme normal, avisé, aurait pu éviter, revient en somme à supposer que la volonté de l'homme est libre, que chacun de nous peut conformer sa conduite à celle de la moyenne des individus. L'appréciation *in abstracto* de la faute n'est que la traduction en termes juridiques du postulat philosophique du libre-arbitre ».

Une telle conception est de nature à séduire, dans la mesure où elle élève le débat à une hauteur métaphysique. Mais à la réflexion elle n'apparaît pas très convaincante, et cela pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'affirmation du libre-arbitre humain est présentée, à juste titre, comme un postulat, c'est-à-dire une proposition indémontrable. L'explication fournie revient donc, pour établir le bien-fondé d'un principe assez couramment admis, à le rattacher à un autre principe qui échappe lui-même à toute démonstration, et qui, au surplus, est des plus controversés. Si de nombreux esprits refusent de croire, sur le plan philosophique, au libre-arbitre humain, croit-on que cela les empêche de voir la différence essentielle qui sépare, sur le plan social, un comportement raisonnable et un comportement déraisonnable? (10) En vérité, dans une conception déterministe, ce n'est pas l'appréciation *in abstracto* qui deviendrait incom-

(8) Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. droit civil 1933, p. 627 et s., spécialement p. 634; La faute et sa place dans la responsabilité civile, Rev. trim. droit civil 1959, p. 481 et s., spécialement p. 486.

(9) Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris 1947, p. 83.

(10) Voir à ce sujet : CORBESCO, Devoirs moraux et obligations légales, thèse Paris 1903, spécialement p. 204.

préhensible, mais tout au contraire l'appréciation *in concreto* avec sa recherche d'une culpabilité subjective.

Tenons cependant pour acquis, conformément à notre inclination personnelle, que le libre-arbitre existe. En résultera-t-il que n'importe quel homme sain d'esprit aura la possibilité de se comporter aussi opportunément que le type de référence auquel on va comparer sa conduite? Il est évident que non. Quand il s'agit de choisir entre deux intérêts opposés, entre un intérêt et une valeur qui s'affrontent, le rôle du libre-arbitre est concevable, si ardu que soient les problèmes philosophiques qu'il soulève. Mais quand il s'agit simplement de discerner si un comportement est opportun ou non, dangereux ou non, croit-on sérieusement que le libre-arbitre intervienne pour quelque chose? Autant dire à un joueur d'échecs débutant qu'en vertu de son libre-arbitre, puisqu'il décide des coups qu'il joue en toute indépendance, il lui est possible de jouer aussi bien qu'un joueur chevronné, et même que le champion du monde. Le libre-arbitre n'est d'aucun secours lorsqu'il s'agit de résoudre un problème, et la vie offre sans cesse des problèmes qui font appel au seul raisonnement. Si les hommes causent des dommages, c'est aussi souvent pour avoir manqué de jugement que pour avoir manqué de bons sentiments. Or le libre-arbitre n'a jamais aidé personne à avoir du jugement.

Au surplus, le raisonnement *in abstracto*, avant d'être un mode d'appréciation de la faute, est un mode de détermination des devoirs. Or, à supposer même que l'on possède toujours, par la vertu du libre-arbitre, des ressources psychologiques suffisantes pour se conformer à la norme, il reste à savoir pourquoi cette norme se fixe à un certain niveau plutôt qu'à un autre. L'observation du standard commun exige de la part des moins doués un effort et parfois un sacrifice plus grands que ceux qui sont requis du commun des hommes; or, en admettant qu'ils puissent faire cet effort ou consentir ce sacrifice, pourquoi le doivent-ils? Parce que chacun doit faire l'effort maximum pour éviter de causer des dommages? Mais on n'impose nullement une telle exigence aux hommes normalement doués, à qui au contraire on permet de pratiquer une foule d'activités qui présentent des dangers. Or ces gens « normaux » ont-ils moins de libre-arbitre que les maladroits et les sots? A aucun point de vue, on le voit, le postulat du libre-arbitre ne fournit au problème posé le moindre commencement de solution.

162. — Pour justifier la détermination abstraite des obligations, il faut donc, semble-t-il, s'engager dans d'autres voies. Surtout il faut, avant de vouloir le justifier, comprendre comment se décompose ce phénomène en réalité complexe qu'est l'appréciation *in abstracto* telle que la pratique la jurisprudence.

Si la règle de comportement s'établit, pour tous, en fonction des dispositions et des capacités d'un type humain abstrait, cela implique qu'une différence est faite entre les inaptitudes communes à l'ensemble du groupe social, et celles qui sont particulières à cer-

tains individus de ce groupe. Les premières sont parfaitement susceptibles d'être prises en considération; les secondes, au contraire, sont le plus souvent impuissantes à infléchir la règle de conduite. Telle est la première opposition dont il convient de rendre compte.

Mais cette opposition ne fournit pas un critère absolu. On a vu, en effet, que si les infériorités d'ordre psychologique ne sont jamais prises en considération pour déterminer les devoirs, dans le cas des inaptitudes corporelles au contraire la soumission à la règle commune se manifeste seulement en ce que l'infirme doit faire un effort particulier pour empêcher ses déficiences de nuire et respecter ainsi le standard normal, sans toutefois être nécessairement tenu d'y parvenir. Dès lors il y a lieu de justifier une seconde distinction, qui intervient celle-là parmi les infériorités ou inaptitudes particulières, selon que celles-ci altèrent ou non les qualités morales et intellectuelles du sujet. En d'autres termes, il faut montrer comment, au principe (non-absolu) d'inopposabilité des infériorités particulières de toute nature, il se superpose un principe (celui-ci absolu) qui rend ces infériorités radicalement inopposables dans l'ordre moral et rationnel.

Pour mettre en lumière les raisons qui justifient ces deux principes, il convient donc d'examiner ceux-ci séparément, en étudiant tout d'abord les fondements généraux de la référence à un type humain statistique, et ensuite les fondements particuliers de la référence à un type humain moral et raisonnable.

Section I

LES FONDEMENTS GÉNÉRAUX DE LA RÉFÉRENCE A UN TYPE HUMAIN STATISTIQUE

163. — La détermination des obligations par référence à un type abstrait, conçu en fonction de données humaines statistiques, implique, on l'a vu, que l'on ne traite pas de la même manière les inaptitudes communes à l'ensemble du groupe social considéré et celles qui sont particulières à certains individus de ce groupe. Si les premières peuvent facilement influencer sur une règle obligatoire, les secondes, en principe, se voient refuser cet effet. C'est de cette différence qu'il faut ici rendre compte.

164. — Pour cela, on doit préalablement observer que, presque toujours, il existe, pour l'individu peu doué ou peu apte, des moyens de ne pas enfreindre une norme établie d'après les aptitudes communes (11).

(11) Nous disons « des moyens » et non « une possibilité », car l'existence d'une véritable possibilité psychologique concrète n'est jamais qu'une conjecture, parfois même peu vraisemblable. S'il est toujours matériellement possible de s'abstenir d'exercer une activité pour laquelle on est peu doué, il faut, pour le faire à bon escient, avoir assez de lucidité, laquelle n'est pas la chose du monde la mieux partagée.

En effet, outre que de nombreuses inaptitudes peuvent être «compensées» par un soin accru ou des précautions spéciales, il n'est pas douteux que les dommages, à de rares exceptions près, sont susceptibles d'être évités en renonçant à l'activité dans l'exercice de laquelle ils risquent d'être causés.

Cela résulte de ce que les obligations proprement dites tirent ordinairement leur origine d'un acte juridique ou d'un fait volontaire. Quant aux devoirs généraux, ils ont le plus souvent une finalité purement négative; en l'absence d'un lien de droit préexistant, chacun attend des autres qu'ils ne lui nuisent pas par une conduite incorrecte, mais n'espère d'eux aucun avantage ou service positif (aussi les fautes d'abstention sont-elles presque toutes des omissions dans l'exercice d'une activité, non des attitudes purement négatives). Dès lors l'abstention complète, toujours matériellement possible, est de nature à éviter le plus grand nombre de dommages; elle est le moyen qui permettrait, à un individu peu capable, de ne pas enfreindre le standard auquel les individus quelconques sont soumis dans leur action (12).

Il en résulte que la soumission de tous à la règle générale, loin de proposer aux sujets moins aptes un idéal inaccessible, présente au contraire l'avantage de les inciter à tâcher de s'égaliser aux autres ou, s'ils ne le peuvent, à renoncer aux activités pour lesquelles ils sont insuffisamment doués.

Mais cet avantage évident ne constitue pas une véritable explication de la référence à un type humain normal, car il reste à savoir pourquoi les moins doués doivent s'imposer de pareils sacrifices, alors que le commun des hommes n'est nullement tenu de s'égaliser aux sujets exceptionnellement capables ou de renoncer à toutes les activités rendues dangereuses par l'imperfection humaine. Dire que l'appréciation *in abstracto* est facteur de progrès, n'est rien expliquer du tout, si l'on ne montre pas pourquoi, au regard de ce progrès, les inaptitudes communes et particulières ont un effet différent.

165. — Pour justifier la référence à un type humain statistique, le plus simple est d'envisager tout d'abord — car cela peut être dit assez brièvement — les raisons qui interviennent spécialement en matière contractuelle. On analysera ensuite les fondements plus généraux qui rendent compte de ce mode d'appréciation pour les devoirs et obligations de toute nature.

166. — 1°. — *En matière contractuelle*, le contenu de l'obligation découle, en principe du moins, de la volonté des parties. Or il est bien

(12) On peut évoquer ici une certaine analogie avec la responsabilité du fait des choses. On sait en effet que le gardien, qui est responsable d'une chose, est en réalité celui qui a les moyens de la mettre hors d'état de nuire; or, selon la formule de M. ESMEIN, « ce qu'un homme gouverne d'abord, c'est sa propre personne, et bien plus complètement que les choses qui lui appartiennent » (note sous Paris 18 février 1957, J.C.P. 1957.II.9944).

évident que le stipulant, s'il sait que son cocontractant est comme tout homme un être imparfait, le suppose en revanche, *a priori*, normalement doué et capable, et en attend donc une exécution normale (on ne choisirait pas pour médecin, par exemple, un praticien dont on saurait qu'il se distingue par son incapacité). Et de son côté, celui qui contracte un engagement promet le comportement d'un homme normalement apte : car le plus souvent il se juge tel; et si par hasard il a conscience de son infériorité, sa réticence déloyale ne saurait diminuer l'étendue de son engagement.

En matière contractuelle, on le voit, l'appréciation *in abstracto* trouve une justification dans la volonté implicitement manifestée par les parties (13). Mais il faut remarquer que, si cette volonté se réfère à des aptitudes normales, c'est par la conjugaison de deux raisons indépendantes : l'une qui joue lorsque les capacités d'autrui sont connues, l'autre lorsqu'elles sont ignorées.

Lorsque les capacités d'autrui sont connues, une inaptitude particulière écarte les cocontractants éventuels, effet que ne produit pas une inaptitude commune (ainsi, parce qu'elle est générale, la faible aptitude des médecins à guérir certaines maladies n'empêche pas qu'on aille les consulter à cette fin). Il en résulte que les inaptitudes connues des deux parties sont toujours, pratiquement, des inaptitudes normales, par un *effet de sélection*.

Lorsque les capacités d'autrui ne sont pas connues, leur « normalité » est une *probabilité* (les deux mots traduisent une même idée, celle d'un pourcentage élevé). Il s'ensuit que l'anormal — pour reprendre les termes célèbres d'Emmanuel Lévy (14) — trompe une confiance légitime.

Envisagées par rapport à la volonté des contractants, les déficiences normales et anormales s'opposent donc à un double point de vue. Rien d'étonnant, dans ces conditions, à ce que les premières soient seules prises en considération : elles sont les seules dont les effets étaient attendus.

Mais à cette justification de l'appréciation *in abstracto*, propre au domaine contractuel, il s'en ajoute d'autres qui, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle, militent pour ce mode de raisonnement.

167. — 2°. — *Même en matière extracontractuelle*, en effet, il est rationnel de déterminer les devoirs et obligations par référence à un type humain statistique.

Pour s'en convaincre, il faut partir de l'idée qu'une ligne de conduite raisonnable s'établit comme la résultante de deux sortes d'intérêts opposés : ceux que le comportement considéré risque de léser, et ceux qui s'attachent, au contraire, à l'exercice d'une libre

(13) En ce sens : RADOUANT, thèse précitée, p. 99

(14) Responsabilité et contrat, Rev. crit. législation. et jurisprudence, 1899, p. 361 et s.

activité. Selon que les premiers ou les seconds de ces intérêts sont les plus gravement engagés, une attitude donnée doit être regardée comme illégitime ou comme légitime. La règle de comportement est ainsi fonction de deux variables, qui sont implicitement comparées l'une à l'autre.

Or, en présence d'un comportement imparfait, et dont l'imperfection a pour origine l'insuffisance des aptitudes de l'agent, ces deux variables se trouvent l'une et l'autre affectées par le fait que l'inaptitude en question est commune ou, au contraire, particulière. Car d'une part les dangers d'un comportement imparfait sont, dans chaque cas, augmentés par le caractère exceptionnel de ce comportement; et d'autre part une attitude de nature à éviter tout risque présente des inconvénients originaux lorsqu'elle est généralisée.

168. — A. — En ce qui concerne la nocivité du comportement imparfait, il est facile de comprendre que celle-ci est fonction de facteurs statistiques. Il faut seulement préciser qu'il en est ainsi pour deux raisons, dont l'une a une portée très générale, et dont l'autre joue seulement pour les activités exercées dans l'intérêt d'autrui.

Il est évident, tout d'abord, que les inaptitudes communes ne sont pas de nature à surprendre. Ceux qu'elles risqueraient de léser peuvent donc se prémunir contre elles dans une large mesure (par ex., la vision humaine étant imparfaite dans l'obscurité, il appartient à celui qui conduit un véhicule la nuit de munir celui-ci de feux de position pour le rendre bien visible). A l'inverse, les déficiences particulières sont propres à décevoir la « confiance légitime » : il est donc spécialement utile que ceux chez qui elles existent prennent eux-mêmes des précautions accrues (15).

D'autre part, quand une activité s'exerce dans l'intérêt d'autrui (par ex. une profession), le fait de l'exercer imparfaitement n'est nuisible que dans la mesure où d'autres pourraient faire mieux. Par exemple, le médecin trop médiocre pour guérir une maladie curable cause un préjudice, du fait qu'il prend la place d'un autre praticien qui aurait procuré la guérison; au contraire, celui qui se trouve désarmé devant un mal actuellement incurable ne nuit pas à son patient, puisqu'en toute hypothèse, même s'il avait été soigné par un autre, celui-ci n'aurait pas été guéri. On retrouve ici l'idée de *sélection*, d'une façon un peu différente de celle dont cette idée s'était révélée plus haut.

(15) De ce caractère surprenant, et en quelque sorte décevant, des infériorités anormales, il faut rapprocher en outre une donnée technique qui vient aggraver le danger constitué par les particularités individuelles. Cette donnée tient à ce que l'industrie humaine a agencé à l'usage de tous une foule de constructions, de mécanismes et de dispositifs divers, qui sont nécessairement prévus en fonction de l'homme normal. La hauteur des parapets ou des marches d'escalier, la disposition des manettes et des pédales dans les voitures, sont évidemment calculées en pensant à la structure, aux dimensions et aux aptitudes ordinaires du corps humain. Le fait que ces caractéristiques soient anormales chez un individu tend donc à créer, à ce point de vue encore, un risque particulier, d'origine purement statistique.

La nocivité des inaptitudes humaines est donc créée ou accrue par leur caractère original, indépendamment de ce qu'elles sont qualitativement (16). Il y a là une raison essentielle de traiter différemment les déficiences particulières et les déficiences communes, lorsque l'on détermine une règle de comportement.

169. — B. — Mais cette justification se trouve en outre renforcée dans la mesure où, à l'inverse, le fait de renoncer à une activité pour ne pas causer de dommages présenterait des inconvénients majeurs s'il s'agissait d'une abstention généralisée, et au contraire n'a pas de conséquences graves quand le renoncement est imposé à une minorité d'individus. Toute vie sociale se trouverait paralysée si les hommes devaient s'abstenir de toutes les entreprises dans lesquelles, en raison de l'imperfection de leur nature ou de leur science, ils sont exposés à causer quelque préjudice; que quelques uns, en revanche, se réduisent à l'inaction, l'intérêt général n'en peut souffrir.

170. — Cependant un droit de tradition humaniste ne saurait poser en principe que les intérêts individuels, fussent-ils ceux d'un très petit nombre, doivent être systématiquement méconnus. Mais, une fois écartée la considération de l'intérêt général, les intérêts des sujets moins doués peuvent-ils peser assez lourd, en comparaison du risque accru de dommage, pour qu'un comportement inférieur à la normale puisse être jugé licite? Ce sera bien rarement concevable.

L'inapte, en effet, par un soin accru ou des précautions spéciales, peut souvent, comme on l'a déjà noté, égaliser l'opportunité de son comportement à l'habileté des individus pleinement normaux (certains infirmes, par exemple, pourront faire équiper leur automobile de manettes spéciales). Or il n'y a pas de commune mesure entre la charge que de telles précautions imposent et le danger qui résulterait de leur omission.

Mais même lorsqu'un sujet peu capable doit, pour ne pas enfreindre le standard commun, renoncer à une activité, la gravité de ce sacrifice excède rarement celle du péril ainsi évité. En effet l'individu qui se trouve exclu d'une activité donnée n'en garde pas moins la possibilité de choisir entre plusieurs comportements pour sauvegarder ses légitimes intérêts. Il lui suffit de trouver, à l'activité excédant ses facultés, le substitut le plus opportun. Par exemple, celui qui ne

(16) Ce danger spécial créé par les déficiences individuelles, en tant qu'elles présentent un caractère exceptionnel, n'est d'ailleurs qu'un cas particulier de la nocivité de l'anormal, idée qui trouve bien d'autres illustrations en matière de responsabilité (comportements anormaux, même de la part de sujets normaux; position anormale d'une chose, etc.). Sur ce rôle général de l'anormal comme source de responsabilité, voir : RIPERT, L'exercice des droits et la responsabilité civile, Rev. crit. légis. et jurisp. 1906, p. 366; ALTAVILLA, *La condotta anomala nel diritto civile e nel diritto penale*, éd. Utet, Turin, 1960; et les chroniques de M. BLAEVOET : « De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative » (J. C.P. 1946.I.560), « Normalité, sécurité et garde » (D. 1955, chron., p. 37).

peut conduire un véhicule avec une sûreté suffisante peut emprunter, comme passager, n'importe quel moyen de transport; celui qui ne peut exercer une profession donnée n'en conserve pas moins la possibilité de gagner sa vie grâce à un métier s'accordant mieux à ses capacités. Compte tenu de la souplesse des projets humains, le renoncement à une activité n'est pas nécessairement un renoncement aux avantages que l'on aurait tirés de cette activité.

On comprend ainsi que, si l'intérêt social interdit de poser une règle générale sans avoir égard très précisément aux inaptitudes communes, en revanche on n'impose pas une charge très lourde à un individu, sauf exception, en le soumettant à une règle de conduite établie en fonction d'aptitudes supérieures aux siennes.

171. — En résumé, l'infériorité particulière s'oppose donc doublement à l'inaptitude commune : d'une part, si on ne la met pas hors d'état de nuire, elle crée un risque plus grand ou un dommage plus grave; et d'autre part, lorsque le sujet l'empêche de causer des dommages, un tel sacrifice n'entraîne finalement qu'une charge modérée. Il en résulte que l'intérêt des victimes éventuelles se trouve prépondérant, dans la plupart des cas, par rapport à celui des sujets peu aptes qui désireraient développer librement leurs activités. Il est donc tout à fait logique que les déficiences particulières soient ordinairement jugées inopposables, à la différence des imperfections communes qui sont très naturellement prises en considération pour déterminer la règle de conduite.

Ainsi — outre les raisons spéciales se rattachant en matière contractuelle à la *volonté des parties* —, l'alignement sur les aptitudes communes s'explique, d'une façon générale, par les différences qui existent, sur le plan social, entre le fréquent et le rare : avantage de *sécurité* lié à une action relativement uniforme — avantages d'une *sélection*, qui présuppose que les individus aptes sont en nombre suffisant — *inconvenients d'une inaction généralisée* (ce dernier facteur justifiant l'appréciation *in abstracto* non plus par rapport à l'appréciation *in concreto*, mais par rapport à une appréciation abstraite d'une rigueur illimitée). Et d'autre part les effets de ces différences entre le normal et l'anormal sont d'autant plus à même de se développer que la sévérité de l'appréciation *in abstracto* est atténuée par ce que nous avons appelé la *souplesse des projets humains*, c'est-à-dire la diversité des moyens qui s'offrent pour satisfaire un intérêt donné.

172. — Mais si tels sont les fondements de la référence à un type humain statistique, trois observations complémentaires se dégagent de cette analyse.

173. — La première, c'est que les aptitudes et les inaptitudes sont, les unes et les autres, facteurs d'illicéité : les aptitudes, parce qu'elles permettent d'agir opportunément, les inaptitudes parce

qu'elles empêchent de le faire (17). En effet, l'illicite résultant des inaptitudes anormales vient se calquer exactement sur l'illicite procédant des aptitudes normales.

Soit, par exemple, le cas d'un automobiliste quelconque, et d'un autre dont la vue est très déficiente. Assurément, l'un et l'autre seront jugés en faute s'ils n'ont pas ralenti à l'approche d'un danger apparent. Mais la qualification de faute est rendue équitable par deux raisons opposées : pour le premier, par son aptitude à percevoir, qui eût dû le faire ralentir; pour le second, par son inaptitude à percevoir, qui eût dû le détourner de prendre le volant (18). Cependant les frontières du licite et de l'illicite sont finalement les mêmes pour tous les deux. Le sujet anormal devant prendre le normal pour modèle, la règle de comportement s'établit pour tous, en définitive, en fonction des capacités d'un type humain statistique.

174. — La seconde observation que suggèrent les analyses précédentes, c'est qu'il est essentiel de préciser le sens exact du mot « normal », lorsque l'on parle d'inaptitudes normales ou anormales, de comportements normaux ou anormaux.

Certains pensent, en effet, opposer une objection sérieuse à l'appréciation *in abstracto* en faisant remarquer, par exemple, qu'il est *normal* pour un enfant d'être puéril et d'agir puérilement (19). Or une telle objection apparaît dépourvue de toute valeur, si l'on veut bien tenir compte des raisons pour lesquelles le droit fait une différence entre les inaptitudes normales et anormales.

Assurément, il est naturel que l'enfant agisse de façon enfantine, et en outre il est naturel que l'homme soit d'abord un enfant. Mais là n'est pas le problème. En réalité, si le droit traite les inaptitudes particulières autrement que les inaptitudes communes, ce n'est pas parce qu'elles ne sont pas naturelles, mais parce qu'elles constituent une exception, statistiquement, par rapport aux aptitudes du groupe des individus susceptibles de se trouver confrontés à un type donné de situation. Si l'anormal est une source particulière de danger, c'est en tant que le sujet peu capable a un comportement qui tranche malencontreusement, non pas sur celui des autres individus de la même catégorie que lui, mais sur celui des individus qui peuvent se trouver placés dans la même situation. Si le sujet anormal peut se voir imposer sans grand inconvénient le renoncement à une activité, c'est en tant qu'il existe dans le groupe social un grand nombre d'individus

(17) On a rencontré plus haut (nos 45 et s.) le corollaire de cette idée, en constatant que les aptitudes supérieures sont retenues par la jurisprudence, tantôt comme un élément de licéité, tantôt comme un élément d'illicéité.

(18) Cela n'empêche pas, d'ailleurs, de situer la faute de l'inapte, juridiquement, seulement à l'instant où il a accompli sa fausse manœuvre. Si l'on remonte dans le passé, ce n'est pas tant pour y situer la faute que pour dégager le fondement de la qualification de faute appliquée à l'acte ultérieur différent d'une conduite normale.

(19) Cf. F. P. BÉNOIT, note sous Cons. d'État, 5 décembre 1952, J.C.P. 1953.II. 7493.

aptes à exercer cette activité, quand bien même ces individus appartiendraient à une autre catégorie. Le groupe de comparaison, par rapport auquel doit être apprécié le caractère « normal », ne peut donc être défini par référence à une donnée personnelle interne. Certes il est « normal » qu'un enfant agisse puérilement; mais dans le groupe social, et spécialement dans le groupe des individus développant leur activité sans contrôle, les enfants constituent une minorité : c'est en ce sens que, d'un point de vue purement statistique, la puérilité constitue une *anomalie*. Pour éviter toute ambiguïté, il est d'ailleurs préférable de parler d'inaptitudes particulières et d'inaptitudes communes; on évite ainsi plus aisément de tomber dans des confusions d'origine purement verbale.

175. — Enfin, la troisième observation qui doit être formulée, après avoir expliqué la référence aux capacités humaines statistiques, c'est que les fondements d'une telle solution en marquent, du même coup, *les limites*.

En effet, les raisons qui justifient ce mode d'appréciation, bien qu'elles soient très généralement vérifiées, cessent pourtant d'être exactes dans certains cas exceptionnels. C'est ce qui permet de comprendre pourquoi il n'est pas toujours fait référence à l'homme purement normal, mais à un type abstrait incluant parfois certaines particularités du sujet en cause.

176. — A cet égard il faut remarquer tout d'abord que, quelquefois, il est véritablement *impossible* à un sujet déficient d'adapter son comportement de manière à le rendre aussi opportun que celui d'un homme normal.

Cette impossibilité peut être psychologique. Il en est ainsi dans le cas des individus privés de raison ou même, simplement, trop peu lucides pour pouvoir réellement prendre conscience de la médiocrité de leurs facultés. Toutefois il n'y a pas lieu de s'arrêter ici sur de pareilles inaptitudes, car on verra plus loin (20) que l'inopposabilité des infériorités psychologiques, relativement à la détermination de la prudence et de la diligence dues, repose sur un fondement particulier auquel il faut reconnaître un caractère absolu.

Mais l'impossibilité de se conformer à la norme commune peut aussi résulter d'insuffisances purement corporelles. En effet, lors même que la volonté et les capacités de jugement demeurent intactes, il ne s'ensuit pas toujours que le sujet ait les moyens de « neutraliser » à l'avance la nocivité de ses déficiences physiques.

Il le peut en général, avons-nous dit, en renonçant à une activité qui excède ses facultés. Mais cette possibilité, pour être réelle, suppose que la déficience est connaissable par le sujet lui-même, avant l'instant où elle risque de provoquer un dommage. Or tel n'est

(20) Voir *infra*, n^{os} 179 et s.

pas le cas, par exemple, d'une défaillance physique frappant subitement, en pleine activité, un homme jusqu'alors en bonne santé. Dira-t-on que chacun peut s'attendre à cela? Mais alors c'est imposer une abstention généralisée, dont les inconvénients excèdent de loin l'utilité : ici réapparaît l'incidence sociale, comme dans le cas des inaptitudes communes. On comprend donc que les tribunaux, lorsqu'ils se livrent à l'appréciation d'une diligence exclusive de toute garantie, mettent sur le même plan les défaillances physiques imprévisibles et les événements extérieurs inopinés (21).

L'impossibilité de respecter le standard commun peut se manifester aussi, d'une façon différente, dans le cas des fautes de pure abstention. En effet, en admettant que l'on puisse toujours renoncer à une activité, en revanche il est parfois rigoureusement impossible d'accomplir un acte positif lorsqu'on ne possède pas la force ou l'agilité nécessaire.

Cet aspect du problème de l'appréciation *in abstracto* a été mis en lumière, avec une particulière netteté, par M. le Doyen Desbois (22). « En se contentant — écrit cet auteur — de comparer celui qui s'est abstenu d'agir à l'attitude d'un homme normal, placé dans les mêmes conditions externes que lui, on risquerait de commettre à son détriment une injustice. Un baigneur qui ne sait pas nager ne peut être soumis à la même ligne de conduite que l'amateur de natation d'un entraînement moyen. L'appréciation doit être, croyons-nous, imprégnée de *relativité*, quand il s'agit de la faute d'abstention; il est nécessaire de reprocher à un novice du volant d'avoir réagi, en présence d'une difficulté, autrement qu'un conducteur expérimenté, car il lui était loisible de ne pas prendre la route; sa faute constitue une *omission dans l'action*. Au contraire, la faute d'abstention pure et simple doit être appréciée selon les moyens du défendeur, car il serait impossible de lui reprocher en toutes circonstances son inaction : dans certains cas, s'il en était sorti, il n'aurait rien fait de bon en raison de son inaptitude et se serait exposé à un péril en pure perte ».

177. — Dans diverses hypothèses, on le voit, il existe, pour l'individu moins apte que la moyenne, une impossibilité véritable de se conformer à la règle commune. Mais même en l'absence d'une telle impossibilité, il se peut que le sacrifice qui permettrait de ne pas nuire, ou d'exécuter un engagement de façon normale, représente une charge disproportionnée en comparaison du dommage ou du risque créé. Dès lors, bien que possible, ce sacrifice ne serait pas raisonnable.

Soit, par exemple, le cas du salarié malade (23). Dans bien des cas, il ne lui serait pas matériellement impossible de se rendre à son travail. Mais il va de soi qu'il n'agirait pas en homme avisé s'il s'exposait, pour ce faire, à une grave complication de santé.

(21) Voir *supra*, n° 36.

(22) Note sous Civ., sect. civ., 27 février 1951, D. 1951.329.

(23) Cf. *supra*, n° 94.

Soit encore le cas de l'infirmes, en matière délictuelle. Certes on peut exiger de celui-ci qu'il ne conduise pas un véhicule, alors qu'il a d'autres moyens de se déplacer; mais peut-on lui interdire de marcher à pied, de traverser une rue, pour la raison que son allure n'est pas celle d'un homme normal? Bien sûr il lui est possible de rester chez lui, quitte éventuellement à y périr d'inanition. Mais il est évident qu'un tel sacrifice dépasse les inconvénients que crée l'existence de piétons à la démarche peu assurée. Peut-on interdire à l'infirmes, à l'aveugle, au vieillard peu ingambe, d'entrer dans un magasin, de prendre un moyen de transport en commun? L'inhumanité de telles solutions saute aux yeux. Mais alors, s'ils circulent en prenant judicieusement les précautions qui leur sont commandées par la prudence, sur quel fondement s'appuyer pour qualifier de faute l'irréductible imperfection de leurs gestes? La référence à un type physique abstrait manque alors de base logique, et est donc écartée à bon droit par la jurisprudence (24). Il en est d'autant plus ainsi, d'ailleurs, que le danger créé par l'inaptitude, en tant que fait anormal, peut lui-même être atténué par le caractère très apparent de certaines infirmités, ou même par un signe extérieur, tel que la canne blanche des aveugles.

178. — Or, en stricte justice — et les juges peuvent rechercher cette stricte justice, puisqu'ils ne résolvent que des cas d'espèce et ne prononcent pas par voie générale —, la référence à l'abstrait ne doit pas avoir un domaine plus étendu que celui des considérations qui la fondent logiquement. Normalement elle est justifiée, parce que les sujets déficients peuvent se conformer à la règle commune au prix d'un sacrifice moins grave que le risque qu'ils créeraient autrement. Mais lorsqu'ils ne le peuvent d'aucune manière, ou lorsque leur renoncement pèserait plus lourd que le danger redouté, il n'y a plus de raison de juger leur conduite en fonction d'aptitudes qui ne sont pas les leurs.

Mais s'il en est ainsi, l'appréciation *in abstracto* peut-elle encore fournir un véritable critère pour juger la conduite humaine? S'il est des cas, fussent-ils très rares, où le comportement anormal cesse d'être fautif, compte tenu de l'inaptitude individuelle, ne faut-il pas, dans chaque espèce, se demander s'il n'en est pas ainsi, c'est-à-dire revenir en somme à une appréciation concrète, pour savoir si en l'occurrence l'agent pouvait et devait vraiment se conformer au standard ordinaire?

Dans une certaine mesure, en effet, les choses se passent bien ainsi, puisque la jurisprudence, ainsi qu'on l'a vu, ne tient pas toutes les infériorités individuelles pour radicalement inopposables. On sait que, tout en exigeant des déficients physiques qu'ils s'efforcent de neutraliser la nocivité de leurs déficiences, elle réserve cependant les cas extrêmes où la justice commande d'assouplir une telle exigence (aussi bien elle compare le vieillard, par ex., à un vieillard avisé,

(24) Voir *supra*, nos 37 et s.

l'infirme à un homme avisé atteint de la même infirmité, etc.). Mais elle ne revient pas pour cela à l'appréciation *in concreto*, car d'autre part elle voit toujours le type de comparaison sous les traits d'un homme honnête et avisé, même si le sujet en cause est dépourvu de ces qualités et incapable de pallier cette déficience. Dans l'ordre psychologique, par conséquent, les tribunaux, pour la détermination des devoirs, se réfèrent inconditionnellement à un type abstrait, même lorsque les fondements logiques de cette référence à l'abstrait, tels qu'on vient de les dégager, paraissent faire défaut.

Comment cela se justifie-t-il? Sans doute parce que, à côté des fondements généraux de la référence à un type humain statistique, il existe des raisons particulières qui imposent, de façon plus impérieuse encore, que le type de comparaison ne soit affecté par aucune déficience individuelle dans l'ordre intellectuel et moral.

Section II

LES FONDEMENTS PARTICULIERS DE LA RÉFÉRENCE A UN TYPE HUMAIN MORAL ET RAISONNABLE

179. — Le contenu des devoirs et obligations se détermine en toute hypothèse, on l'a vu, par comparaison avec la conduite d'un homme avisé et doté de certaines qualités morales, indépendamment du point de savoir si tous les sujets soumis à ces normes possèdent de telles qualités ou, à défaut, ont véritablement la possibilité concrète de pallier leur insuffisance en ces domaines.

La référence à un type psychologique abstrait présente ainsi un caractère absolu, dont ne rendent pas compte les raisons générales qui, en présence de déficiences quelconques, conduisent néanmoins à fixer le contenu des devoirs, en principe, en fonction des capacités d'un homme normal. Il semble bien, en réalité, que le seul fait d'enfreindre certaines règles de logique, ou de morale sociale, recèle un principe d'illicéité que des considérations statistiques peuvent renforcer ou masquer, mais qui leur préexiste rationnellement.

180. — Et en effet, il en est bien ainsi. Lorsqu'aucune obligation déterminée ne préexiste entre les parties, on ne voit guère au nom de quoi le droit pourrait juger la conduite humaine, sinon en vertu de règles morales et logiques qui lui sont antérieures et dont il s'intègre le contenu. Or ces règles portent en elles-mêmes un caractère abstrait, qui n'a rien à voir avec la constance statistique des données humaines.

Lorsque l'on estime contraire au droit le fait de ne pas se conduire en homme avisé, ce n'est pas uniquement parce que la majorité des hommes possède les capacités psychologiques permettant d'agir de façon judicieuse. Si un comportement est jugé illicite, en réalité,

c'est, fondamentalement, parce qu'il est contraire à la raison ou à une éthique consacrée par le droit, c'est-à-dire à des valeurs qui trouvent leur fondement en dehors de la considération des aptitudes humaines. L'indifférence à l'intérêt d'autrui va à l'encontre d'une exigence morale, quel que soit statistiquement l'affaiblissement du sens moral. Un raisonnement faux porte en lui-même sa condamnation, il constituerait une faute de logique quand bien même la majorité des hommes serait incapable de raisonner juste. Ainsi celui qui croirait que deux et deux font cinq ne présenterait pas une simple anomalie dans l'ordre psychologique, ce qui ne serait après tout qu'une constatation statistique; son raisonnement comporte, en outre, une faute dans l'ordre logique, ce qui est tout autre chose (25).

181. — De ce fait, le caractère absolu de l'appréciation *in abstracto*, dans l'ordre moral et intellectuel, se comprend tout naturellement. S'il ne s'agissait que de référence à l'homme normal, il y aurait des cas où il ne serait pas juste de soumettre au standard commun des individus qui, précisément, ne sont pas normaux (c'est ce qui se produit parfois pour les inaptitudes physiques). Mais dès lors que l'on se réfère à des règles qui sont indépendantes de la structure humaine et transcendantes par rapport à celle-ci, qui portent leur valeur en elles-mêmes, il est évident que les variations de cette structure humaine ne sauraient en remettre en cause le bien-fondé. Une volonté immorale ne devient pas morale du fait qu'elle émane d'un individu à qui le sens moral fait défaut. Un comportement irrationnel ne devient pas raisonnable parce qu'il est le fait d'un homme dépourvu de raison.

On voit ainsi ce qu'il y a de fallacieux dans une analogie entre les circonstances extérieures, ou même purement corporelles, et les données psychologiques qui diminuent l'aptitude du sujet à se conduire en homme avisé. Certes un comportement qui normalement serait illicite devient parfois licite en fonction des circonstances, et notamment quand celles-ci ont empêché le sujet d'agir plus opportunément qu'il ne l'a fait; or le manque d'intelligence, par exemple, est une circonstance qui parfois empêche d'agir opportunément; on pourrait donc être tenté d'en conclure qu'un comportement résultant fatalement du manque d'intelligence n'est pas un comportement illicite. Mais un tel syllogisme ne serait en réalité qu'un sophisme, car il négligerait de considérer *pourquoi* l'on tient compte des circonstances dans la détermination de l'illicite. Or n'est-ce pas parce qu'elles sont de nature à rendre *raisonnable* un comportement qui en d'autre circonstances ne le serait pas? Mais alors, comment avoir égard à des circonstances qui, comme le défaut d'intelligence, sont incapables,

(25) Il n'y a pas lieu d'entrer ici dans des controverses philosophiques touchant la théorie de la connaissance. Que telle philosophie, ou telle forme de pensée scientifique, ne tienne pas forcément « deux et deux font quatre » pour une vérité éternelle et absolue, cela n'intéresse pas le juriste, car les faits auxquels celui-ci s'attache se situent dans un monde à une échelle où la logique classique et élémentaire se trouve en toute hypothèse vérifiée.

par définition, de produire un tel effet? En tenir compte, ce serait oublier la raison même pour laquelle les circonstances sont prises en considération.

182. — Toutefois, objectera-t-on, n'y a-t-il pas un autre motif de tenir compte des déficiences d'ordre psychologique pour déterminer la règle obligatoire, dans le cas où ces déficiences rendent radicalement impossible une conduite judicieuse? Car enfin, que le comportement soit ou non raisonnable, quelle signification peut avoir l'imposition d'une règle à celui qui est incapable de l'observer?

Mais une telle objection, à la vérité, méconnaît les données réelles du problème, dans la mesure où elle présuppose que la règle de conduite est édictée une fois connue l'impossibilité de son observation. Or, s'agissant d'une obligation, l'étendue de celle-ci dérive d'une source antérieure, par exemple un contrat, qui en a fixé virtuellement le contenu avant que fût prévue l'impossibilité alléguée par la suite. Et même lorsqu'il s'agit de simples devoirs, le juge qui déclare un comportement illicite n'édicte aucunement la règle de conduite dont il constate la violation (l'édicter *a posteriori* serait, en toute hypothèse, une criante injustice); en ce cas il constate la violation de normes qui, si elles s'incorporent au droit dans la mesure où celui-ci les sanctionne, préexistent sous une forme extrajuridique. Dès lors il est vain de se demander si ces normes (les règles de la logique, par ex.) ont une utilité préventive quelconque : de toutes façons elles existent, elles sont un donné.

Certes elles ne seront pas sanctionnées par le droit, en cas d'impossibilité psychologique, si l'on subordonne la responsabilité civile à l'imputabilité morale. Mais il n'y a pas lieu d'approuver ce correctif, dont l'introduction résulte uniquement de l'ambiguïté du mot «faute» (on n'ose pas choisir franchement entre les différents sens possibles de ce terme, et on veut lui laisser un embryon de contenu moral, que d'ailleurs la pratique dément incessamment). En réalité, dès lors que le système de la responsabilité pour faute vise à substituer à l'incidence fortuite des dommages une incidence rationnelle fondée sur l'inégale valeur des actes humains, il n'est pas arbitraire de prendre en considération la différence de valeur qui existe intrinsèquement, abstraction faite de la personne de l'agent, entre un comportement raisonnable et un comportement déraisonnable. A celui qui n'a pas observé la règle — même si en cela il n'a pas démérité — il est juste de préférer ceux qui, agissant correctement, ont positivement mérité la sécurité juridique.

183. — Quoi qu'il en soit, et même si l'on n'admet pas ce dernier point de vue, on conviendra en tout cas que la détermination des règles de conduite indépendamment des dispositions mentales ou intellectuelles de chacun n'a rien que de très naturel. Elle repose sur le caractère abstrait des principes de la morale sociale et de la logique, principes

dont des données de fait peuvent diversifier la mise en œuvre, mais sans pouvoir faire échec à leur application.

184. — Il ne faudrait pas en conclure, pourtant, que tout acte irrationnel ou moralement imparfait constitue nécessairement un acte illicite. L'homme droit et avisé que l'on prend pour type de référence n'est ni un saint, ni un génie omniscient, ni un *constantissimus homo* capable de demeurer en toutes circonstances parfaitement maître de soi. Ici réapparaissent les facteurs statistiques, dans la mesure où le modèle abstrait est conçu en tenant compte des déficiences normales liées à la nature humaine. Mais cette observation n'infirme en rien la justification du caractère absolu de l'appréciation *in abstracto* dans l'ordre psychologique.

En effet, si tout comportement contraire à la morale ou à la raison porte en lui-même un principe d'illicéité, il est compréhensible que le droit, dont les fins sont sociales, ne le déclare illicite que lorsqu'une telle qualification ne comporte pas, socialement, plus d'inconvénients que d'utilité. Or, lorsqu'une inaptitude psychologique est commune à l'ensemble des individus, il serait plus nuisible qu'utile de juger illicite le comportement qui en résulte, car ce serait — ainsi qu'on l'a vu — détourner indirectement tous les hommes d'entreprendre une activité quelconque, résultat assurément pire que les inconvénients inhérents à ces activités. Mais s'il est sage de faire jouer ainsi les considérations statistiques, il est essentiel de comprendre que celles-ci ont pour effet, non pas de rendre illicite le comportement irrationnel anormal, mais de rendre licite le comportement irrationnel normal.

Ainsi, il n'y a pas à expliquer l'illicéité de l'acte irrationnel par autre chose que par son irrationalité même. C'est la licéité d'un tel acte qui doit, le cas échéant, être expliquée en fonction de données humaines, et qui est effectivement justifiée par d'impérieuses considérations sociales lorsque le comportement envisagé est « normal » compte tenu de la faiblesse humaine. Mais en dehors d'une telle justification, la conduite irrationnelle peut toujours être tenue pour illicite indépendamment des facultés de l'agent. L'appréciation *in abstracto* peut donc être, dans l'ordre psychologique, un principe absolu.

185. — *Conclusion du chapitre.* — Il apparaît donc, au terme de cette analyse, que la référence à un type humain abstrait, pour déterminer le contenu des devoirs et obligations, est le résultat de la conjugaison de facteurs très divers.

En matière contractuelle, elle peut se rattacher plus spécialement à l'intention des parties, qui, lorsqu'elles contractent, envisagent tout naturellement une exécution normale des engagements pris.

Mais, d'une façon plus générale, même lorsque aucune obligation n'a été véritablement assumée, l'appréciation *in abstracto* s'explique par un certain nombre de raisons convergentes.

De ces raisons, certaines justifient ou permettent la référence à l'abstrait, par opposition à une appréciation plus ou moins individualisée. Expliquent ainsi le principe de l'appréciation *in abstracto* :

— le caractère abstrait des principes moraux et des règles de la logique (ce facteur joue avec une force particulière, puisqu'il rend compte du caractère absolu de l'appréciation *in abstracto* opposée aux infériorités d'ordre psychologique);

— les avantages, sur le terrain de la sécurité, d'une certaine uniformité dans les comportements;

— les avantages d'une sélection éliminant les moins aptes (lorsqu'il s'agit d'une activité exercée dans l'intérêt d'autrui par une minorité d'individus).

Un autre facteur sert négativement l'appréciation *in abstracto* (toujours par opposition à l'appréciation *in concreto*), dans la mesure où, en limitant les inconvénients, il contribue à en étendre le domaine : c'est la souplesse des projets et des entreprises humaines au service d'une fin donnée.

Enfin, une dernière raison justifie l'appréciation *in abstracto* par opposition à une appréciation abstraite d'une rigueur rationnelle illimitée : c'est celle qui tient aux inconvénients sociaux d'une inaction généralisée.

186. — Du jeu combiné de ces divers facteurs, il résulte que le type de comparaison doit bien être, rationnellement, tel que la jurisprudence — de façon plus ou moins explicite — semble le concevoir. C'est à bon droit que les tribunaux voient ce modèle sous les traits généraux d'un homme honnête et avisé, quand bien même le sujet en cause serait dépourvu de ces qualités. C'est à bon droit qu'ils l'imaginent spécialement attentif à mettre hors d'état de nuire ses déficiences individuelles.

On ne saurait se dissimuler, toutefois, que de telles conclusions demeurent bien générales. Les analyses précédentes permettent, certes, de comprendre pourquoi le type de référence est un homme honnête et avisé, c'est-à-dire présentant à tout le moins des connaissances, un bon sens et un sens social normaux. Mais ce signalement reste encore imprécis : car évoquer des caractères normaux, c'est se référer à une donnée statistique qui n'a de sens que par rapport à un certain groupe humain. Or quel est le groupe en fonction duquel le type de comparaison se détermine ? Et dans quelle mesure en emprunte-t-il les habitudes ? Ces questions suffisent à montrer qu'après avoir défini et justifié l'essence abstraite de ce type de référence, il reste encore d'importantes précisions à rechercher quant à son mode de détermination.

C'est cette recherche qui fera la matière du chapitre suivant.

CHAPITRE II

La détermination du type de référence abstrait

187. — En recherchant dans quelle mesure la faute s'apprécie abstraitement ou en fonction de données individuelles, on n'a pu manquer de fournir déjà certaines indications quant au modèle de comparaison par rapport auquel s'opère l'appréciation *in abstracto* de l'illicite (1). Plus précisément, on a montré quels sont, parmi les caractères propres au sujet en cause, ceux qui doivent être prêtés au type de référence. Il suffit de rappeler ici qu'il s'agit, en principe, de toutes les particularités compatibles avec la notion du « bon père de famille », ou de l'homme droit et avisé : inaptitudes physiques, situation sociale, aptitudes particulières de toute nature.

Il ne reste donc à préciser maintenant, pour dessiner la physiologie du type de référence, que les éléments abstraits de ce type, c'est-à-dire ceux dont nous savons qu'ils se déterminent indépendamment des caractères personnels du sujet en cause (intelligence, instruction, adresse, qualités morales...), mais dont nous ignorons encore à partir de quel groupe humain s'effectue l'opération d'abstraction qui permet de les dégager.

188. — Il est évident, en effet, que, selon que l'on considère un groupe ou un autre, on ne donnera pas à des mots tels que « bon », « avisé », etc., une compréhension identique. Il va de soi que « l'homme de la rue », même normalement instruit et adroit, ne possède pas, en règle générale, les connaissances et l'habileté particulière dont

(1) C'est en effet à l'appréciation de l'illicite que nous pensons ici, en tentant de préciser la physiologie du type de comparaison. L'imputabilité, lorsqu'elle est appréciée abstraitement, voit son rôle réduit à rien. Quant à la gravité de la faute, nous ne croyons guère, en dépit de la tradition historique, que le juge l'apprécie en se demandant ce qu'aurait fait un homme plus ou moins stupide (il s'interroge simplement sur l'importance et le degré de probabilité du dommage que devait ou pouvait causer la faute).

un professionnel fait montre, ordinairement, dans sa spécialité. Ainsi un même individu peut être considéré comme normalement intelligent, instruit et adroit si on le compare à la moyenne de ses concitoyens et, en revanche, apparaître nettement insuffisant sous l'un ou l'autre de ces rapports si, exerçant une activité qui requiert une certaine qualification, il est comparé aux autres personnes exerçant la même activité.

Pour se faire une idée tant soi peu précise de l'homme avisé, dans une conjoncture particulière, il est donc indispensable de tenir compte des capacités qui sont normales au sein d'un certain groupe humain, et par conséquent de déterminer l'extension de ce groupe, qui n'est pas nécessairement toujours le même. Ainsi l'on pourra avoir une notion suffisamment juste des *aptitudes* qui doivent être attribuées, selon les cas, au type de référence.

189. — Mais ces aptitudes ne suffisent pas à déterminer pleinement le type abstrait. Un individu extrêmement doué, capable et instruit peut, en effet, faire montre de la plus totale incurie. Une fois connues les aptitudes du modèle choisi, il faut donc encore se demander quel degré de *soin* celui-ci déploie dans les rapports sociaux.

D'ores et déjà, sans doute, on sait qu'il faut prendre pour type un homme droit et honnête, soucieux par conséquent de ne pas léser autrui et de faire honneur à ses engagements. Mais il n'en résulte pas que l'on puisse lui prêter un esprit de sacrifice illimité, ni cette « héroïcité des vertus » requise dans les procès en canonisation. Encore moins faut-il lui attribuer cet excès de minutie qui finit par paralyser les gens trop méticuleux. C'est loin de ces extrêmes que doit, bien évidemment, être défini son caractère d'homme consciencieux, et le *soin* raisonnable dont il fait preuve, selon les circonstances.

190. — Si l'on veut connaître les éléments abstraits qui définissent le type de comparaison, pour la mise en œuvre de l'appréciation *in abstracto*, il faut donc envisager non seulement les aptitudes, mais encore le *soin*, que l'on attribue, selon les cas, à ce parangon du comportement correct. Ce sera l'objet de deux sections successives.

Section I

LES APTITUDES ATTRIBUÉES AU TYPE DE RÉFÉRENCE

191. — Pour savoir quelles aptitudes doivent être prêtées au type de référence, il faut, indubitablement, observer les aptitudes ordinairement répandues parmi les individus composant un certain groupe humain.

Mais avant de procéder ainsi, il convient de mettre à part *l'intelligence*, à propos de laquelle on commettrait une erreur en voulant partir de l'observation statistique pour en fixer à un certain degré le niveau exigible. Car s'il est légitime et nécessaire de se référer aux capacités ordinaires des individus d'un groupe donné, pour préciser le degré d'instruction ou d'habileté qui peut être requis, en revanche il ne semble pas, en ce qui concerne les facultés intellectuelles, que l'on puisse véritablement parler d'une comparaison avec un homme d'intelligence moyenne.

On n'a pas manqué d'observer, en effet, sur le plan psychologique, que le juge, pour discerner si un comportement a été raisonnable, est fatalement amené à s'imaginer lui-même dans la situation où se trouvait placé le sujet dont il examine la conduite, et à se demander quel comportement lui aurait alors paru judicieux (2). Or il est permis de douter que « l'homme de la rue » possède les capacités intellectuelles d'un bon juge, sélectionné par les examens ou concours, et bénéficiant d'une culture générale et d'une formation juridique qui l'ont aidé à développer ses facultés d'analyse. En résulte-t-il que le magistrat jugera trop sévèrement la conduite de l'homme quelconque, et qu'il la jugera d'autant plus mal qu'il a lui-même l'esprit plus délié ? Ce serait un absurde paradoxe, et qui montre bien qu'il s'agit ici, en réalité, de tout autre chose que de statistique et de moyenne.

En vérité l'on sait, depuis Socrate (3), que si l'intelligence est inégalement distribuée aux hommes, la raison — hormis les cas pathologiques et l'extrême enfance — leur est pourtant commune. La formule cartésienne selon laquelle « le bon sens est la chose du monde la mieux partagée » n'a pas d'autre signification. Or si cette idée, mal comprise, prête aux pires abus (on en déduit, au mépris de toute vraisemblance psychologique, que n'importe qui est toujours à même d'agir rationnellement), il est légitime de la retenir pour observer que l'évidence rationnelle est la même pour tous. Il s'ensuit que même un homme d'intelligence médiocre peut, s'il se trouve dans des conditions psychologiques favorables, comprendre pourquoi telle conduite est raisonnable et telle autre déraisonnable. Ainsi il n'est pas besoin de se référer à un niveau donné d'intelligence, et spécialement à un niveau « moyen », pour décider si un comportement est conforme à la raison et pour fixer une norme qui ne s'écarte pas du sens commun.

On n'admettra donc pas sans réserves la formule des auteurs pour lesquels le type de référence est une « personne moyennement raisonnable » (4) ou même simplement, « l'individu moyen » (5).

(2) Voir en ce sens : MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 440 : « Si l'on regarde la réalité des choses, on s'aperçoit que la personne avisée, le type de comparaison choisi, c'est le juge lui-même... ».

(3) On se souviendra que c'est spécialement le *Ménon* qui, entre les dialogues platoniciens, a mis l'accent sur cette idée.

(4) STARCK, Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, Rev. trim. droit civil 1958, p. 475 et s., spécialement n° 2, p. 478.

(5) RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, n° 91.

On donnera plutôt raison à ceux qui enseignent que « le type de comparaison, ce n'est ni l'homme... *très* avisé, ni l'homme... *moyennement* avisé, c'est l'homme... *avisé* » (6). Car lorsque les juges apprécient la correction d'un raisonnement ou la probabilité que présentait un événement, il est clair qu'ils ne cherchent pas à s'abaisser au niveau ordinaire de l'intelligence ou de la bêtise communes; ils écoutent en eux-mêmes la voix de la raison, pensant qu'il est souhaitable que chacun, quelles que soient ses aptitudes intellectuelles, s'efforce d'en faire autant.

Aussi bien la jurisprudence, lorsqu'elle a l'occasion de détailler les qualités du type de comparaison auquel elle se réfère, n'hésite-t-elle pas à le qualifier d'« avisé » (7), sans que cela implique la moindre prise de position sur le point de savoir si les gens intelligents constituent ou non une majorité. S'il arrive qu'une juridiction inférieure, croyant apporter une louable précision, envisage comme modèle abstrait « un homme d'intelligence moyenne » (8), c'est le résultat d'une confusion tenant à ce que, pour d'autres capacités humaines (courage, instruction, habileté...) le degré exigible ne peut être déterminé que sur une base statistique.

192. — S'agissant du *courage* et du *sang-froid*, en effet, il y a lieu de tenir compte de ce que peuvent être ces qualités, normalement, au sein du groupe social considéré. On ne saurait exiger, bien entendu, l'héroïcité et l'impavidité du *constantissimus homo*. C'est ce qui explique que même certains réflexes (ou absence de réflexes) dus à la peur puissent, dans des circonstances particulièrement dramatiques, être jugés non-fautifs (9). Mais si le manque de courage ou de sang-froid est anormal — si, par exemple, les juges constatent que les autres personnes placées dans la même situation n'ont pas cédé à la crainte (10) —, il est, bien évidemment, constitutif d'une faute.

(6) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 428.

(7) Cf. notamment Civ. 6 mai 1946, Gaz. Pal. 1946.1.254; Civ. sect. civ. 27 février 1951, S. 1951.1.158, D. 1951.329 et note DESBOIS, J.C.P. 1951.II.6193 et note MIHURA, Gaz. Pal. 1951.1.230 et concl. REY; Trib. civ. Carpentras 25 janvier 1939, D.P. 1940.2.22 et note Jean LOUP; Trib. civ. Metz 28 mars 1956, D. 1956.555; Oran 16 mai 1958, S. 1959.12 et note RODIÈRE.

(8) Trib. corr. Meaux 29 février 1952, Gaz. Pal. 1952.2.247, sous-note. Comp. Grenoble 7 décembre 1959 (J.C.P. 1960.II.11598 et note ESMEIN, D. 1960.213 et note GORÉ), qui se réfère à un «homme de sens moyen», mais qui ne le fait que pour la recherche d'une faute de particulière gravité.

(9) Paris 17 octobre 1924, D.H. 1924.672, maintenu par Req. 11 janvier 1926, D.P. 1926.1.99, rapport BRICOUT; Crim. 7 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.77; Crim. 5 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.357; Rennes 10 février 1931, cité par P. CHAUVEAU, note au D. 1963, jurispr., p. 618, col. 1; Civ. 15 juin 1949, J.C.P. 1949.IV.118, Bull. civ. 1949, I, n° 219, p. 620; Lyon 22 novembre 1950, Gaz. Pal. 1951.1, tables, v° responsabilité civile, nos 86-87; Bordeaux 25 juin 1953, Gaz. Pal. 1954.1, tables, *eod.* v° n°s 71-73; Paris 10 février 1956, J.C.P. 1956.II.9503; Crim. 6 janvier 1961, J.C.P. 1961.II.12002, note E. BLOCH. Rapp. : Trib. civ. Seine 22 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963.1.237.

(10) Voir notamment Orléans 14 juillet 1871, S. 1872.2.237; Trib. civ. Versailles 17 octobre 1872, S. 1873.2.256; Trib. civ. Seine 31 janvier 1917, Gaz. Pal. 6 août 1917; Req. 3 juillet 1918, Gaz. trib. 1918.1.71. Rapp. Trib. civ. Albi 22 mai 1946, Gaz. Pal. 1946.2.253.

En outre le principe d'appréciation *in abstracto* interdit, lorsqu'il s'agit de déterminer ainsi l'influence d'un danger sur le contenu d'un devoir ou d'une obligation, de prendre en considération, au point de vue psychologique, l'âge, le sexe ou la condition des personnes, comme l'article 1112, al. 2 du Code civil prescrit de le faire pour la violence, vice du consentement (11). Il faut prendre comme type un individu possédant un courage naturel moyen, et s'efforçant d'exercer un contrôle raisonnable sur ses réflexes instinctifs.

193. — Mais c'est surtout à propos des *connaissances* et de l'*habileté* que l'on est amené à raisonner, en pratique, sur une base statistique, nul soin ne pouvant pallier le défaut de connaissance ou d'adresse. A cet égard il est donc nécessaire d'envisager les aptitudes existant au sein d'un groupe humain déterminé. Or quel sera ce groupe ? D'emblée il est évident que sa composition ne saurait être la même dans tous les cas.

Car il est impossible d'attribuer au type de référence, pour la mise en œuvre de l'appréciation *in abstracto*, des aptitudes uniformes et invariables. Les activités humaines sont trop dissemblables, et s'insèrent dans des contextes sociaux trop différents, pour que leur exercice correct n'exige pas des capacités extrêmement diverses. Selon que l'on considère une activité commune à tous ou une activité supposant tel ou tel apprentissage particulier, les aptitudes requises ne sauraient être identiques.

194. — Le cas le plus simple est celui des activités ou des fonctions normalement ouvertes à la quasi-totalité des hommes. N'importe qui, par exemple, est appelé à circuler à pied dans des lieux publics ou à emprunter des moyens de transport en commun; n'importe qui peut avoir l'occasion, sur demande ou spontanément, de rendre à autrui quelque service usuel n'impliquant aucune capacité technique particulière; de même encore, la grande majorité des humains est appelée, ayant des enfants, à assumer la charge de leur surveillance.

S'agissant de telles activités ou fonctions, il n'est pas douteux que le groupe de référence, à partir duquel peut être caractérisé le type de comparaison, se confond avec le groupe social tout entier. Le standard de comportement doit s'établir à un niveau tel que n'importe quel individu ordinaire soit à même de s'y conformer en déployant un soin attentif. L'accomplissement correct des tâches ordinaires de l'existence ne saurait requérir, en principe, d'autres connaissances ni d'autre habileté que celles qui sont normalement dispensées à tous par une éducation élémentaire et par l'expérience banale de la vie.

(11) Voir pourtant, dans *Crim.* 7 décembre 1929 et 5 février 1931, et Bordeaux 25 juin 1953, précités, la constatation qu'il s'agit, en l'espèce, d'une personne âgée. Mais on a déjà indiqué (voir *supra*, n° 28) que cette notation peut avoir une portée tout autre que psychologique.

On comprend donc aisément que les tribunaux, dans de tels cas, se réfèrent à un type de comparaison aussi général que possible. Par exemple, les gestes de l'individu qui va s'asseoir à une terrasse de café sont jugés par comparaison avec la conduite de « *tout homme* doué d'une prudence ordinaire » (12). Celui qui prend un ascenseur, celui qui voyage en chemin de fer, sont comparés à « *toute personne* attentive placée dans les circonstances de l'espèce » (13), ou « à *une personne* normalement prudente, attentionnée et agile » (14). Le père de famille, tenu d'élever et de surveiller ses enfants, doit le faire « *comme une personne* prudente » (15). Le passant qui intervient dans un incident de la rue est comparé à « *une personne* placée dans les mêmes circonstances externes » (16). Un sauveteur occasionnel est seulement tenu de savoir ce qui est « à la connaissance de *tout le monde* » (17). Plus ou moins heureuses dans leur expression, ces diverses formules traduisent, en tout cas, une idée de simple bon sens : lorsqu'il s'agit de situations dans lesquelles n'importe qui peut normalement se trouver placé, le type ordinaire de référence ne saurait sans arbitraire se voir prêter des connaissances ou une habileté spéciales. De même, il est clair que la notion de « bon père de famille » n'implique en elle-même aucune aptitude technique particulière.

195. — En revanche, il est des activités qui, quoique encore extrêmement banales et ne correspondant à aucune spécialisation véritable, supposent pourtant un apprentissage destiné à procurer, dans un domaine précis, une habileté et des connaissances particulières. Soit, par exemple, la conduite d'un véhicule : un bon automobiliste possède une certaine habitude de la conduite, des réflexes acquis, une certaine habileté dans l'usage des manettes et pédales mises à sa disposition, et des connaissances que d'autres peuvent ne pas avoir ; il sait, notamment, qu'il est dangereux de freiner dans un virage, alors qu'une telle connaissance peut parfaitement faire défaut à un homme avisé qui ne conduit pas de voiture. Rechercher le comportement d'un automobiliste avisé, c'est donc, sans doute, se demander comment agit, au volant d'une automobile, un homme avisé ; mais celui-ci n'est déjà plus un homme avisé quelconque, c'est un bon automobiliste, avec tout ce que cela implique de connaissances particulières et d'adresse acquise, en plus des connaissances et de l'adresse exigibles de tout homme en toute circonstance. Quand les tribunaux prennent pour type de référence un « conducteur prudent » (18)

(12) Civ. 2^e sect., 16 juillet 1953, J.C.P. 1953.II.7792 et note RODIÈRE.

(13) Paris 29 avril 1961, J.C.P. 1961.II.12331 *ter*.

(14) Trib. civ. Neuchâtel 12 juin 1957, D. 1957.538.

(15) Civ. 2^e sect., 12 octobre 1955, J.C.P. 1955.II.9003 et note P. ESMEIN, D. 1956.30 et note RODIÈRE. Civ. 2^e sect., 20 juillet 1957, D. 1958.111 et note E. BLANC. Paris 21 juin 1962, J.C.P. 1962.II.12890 et note P.E.

(16) Alger 9 novembre 1953, D. 1954.369.

(17) Trib. civ. Nice 18 mai 1960, D. 1962.591 et note LOMBOIS.

(18) Civ. 10 janvier 1939, S. 1939.1.86 ; Civ. 2^e sect., 14 décembre 1956, J.C.P. 1957.II.9737. Orléans 4 novembre 1932, Gaz. Pal. 1933.1.92, sous-note ; Pau 28 juin 1950, D. 1950.550 ; Douai 10 décembre 1953, D. 1954.176.

ou « normalement prudent » (19), ou « prudent, attentif et adroit » (20), ou encore un « automobiliste habile et prudent » (21), le groupe humain à partir duquel se déterminent les connaissances et l'habileté de ce type abstrait ne se confond plus, par conséquent, avec la collectivité sociale tout entière. C'est le groupe des automobilistes, déjà moins nombreux et présentant normalement certaines aptitudes acquises particulières.

Ce n'est là qu'un exemple et l'on pourrait, bien entendu, en citer d'autres. Ainsi, pour juger l'auteur d'un accident de montagne, on dira qu'il a commis une faute « en tant qu'alpiniste », et l'on se référera aux règles de prudence « que tout montagnard connaît » (22). Or, il va de soi que ces règles sont complètement ignorées par une foule d'hommes avisés, qui ne hantent point les sommets. Ici également on raisonne par rapport aux connaissances et à l'habileté d'un groupe relativement réduit.

196. — A plus forte raison, le groupe de référence se restreint encore, et les aptitudes se particularisent davantage, lorsque l'on considère une activité spécialisée, notamment dans le cas de l'exercice d'une profession. Il est évident qu'un professionnel serait en faute s'il exerçait une activité tant soit peu technique sans posséder d'autres connaissances ou d'autre habileté que celles d'un homme avisé quelconque (23). Par conséquent, pour exiger d'un professionnel l'expérience et l'adresse particulières qui sont nécessaires à l'exercice correct de son activité (*spondet unusquisque peritiam artis*), on jugera sa conduite par comparaison avec celle d'un autre professionnel de la même catégorie (24).

Il ne saurait être question de citer ici tous les jugements et arrêts qui, pour apprécier la conduite d'un professionnel, tiennent compte des connaissances ou de l'habileté particulières requises par l'activité considérée. C'est le cas, bien évidemment, d'un nombre immense de

(19) Paris 7 février 1955, Gaz. Pal. 1955.1.349.

(20) Req. 5 mai 1942, Gaz. Pal. 1942.1.281, S. 1942.1.125 et note H. MAZEAUD.

(21) Paris 25 juillet 1931, S. 1932.2.101.

(22) Trib. civ. Grenoble 4 octobre 1962, Gaz. Pal. 1963.1.65, J.C.P. 1963.II.13062 et note RABINOVITCH.

(23) Voir notamment : DEMOGUE, *Professionisti e non professionisti nel diritto civile*, Riv. int. di filosofia del diritto, 1921, p. 5 et s.; Traité des obligations en général, t. III, n° 255. TUNC, Ebauche du droit des contrats professionnels, Etudes RPERT, t. II, p. 136 et s. PLANIOL, RPERT et P. ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, t. VI, 2^e éd., n° 379. RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, La notion de faute contractuelle en droit civil français, thèse Bordeaux 1954, p. 199 et s. RODIÈRE, note sous Trib. civ. Sousse 12 décembre 1956, J.C.P. 1957.II.9752.

(24) Voir MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 705. POTHIER disait déjà que « le fermier d'une vigne doit... la cultiver de la même manière qu'un bon et soigneux vigneron cultiverait sa propre vigne » (Traité du contrat de louage, n° 190).

décisions rendues en matière de responsabilité professionnelle. Toutes les fois qu'elle exige d'un médecin ou d'un chirurgien qu'il dispense des soins « conformes aux données de la science » (ou aux « données acquises » ou « actuelles » de la science), la jurisprudence (25) manifeste implicitement que le praticien *doit* posséder des connaissances supérieures à celles d'un individu quelconque, ce qui est d'ailleurs une évidence. Il en va de même, bien entendu, pour le pharmacien (26), pour l'homme de loi ou le juriste (27), mais aussi bien pour les professionnels les plus divers, astreints ou non à des études particulières : entrepreneur (28), éditeur (29), armurier (30), teinturier (31), coiffeur ou fabricant de produits capillaires (32), plombier (33), livreur (34),

(25) Civ. 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88, rapport JOSSERAND, concl. MATTER et note E. P., S. 1937.1.321; Civ. 27 juin 1939 et 27 mai 1940, D.C. 1941.53 et note NAST, S. 1940.1.73 et note MOREL, et 1.84; Req. 3 juillet 1945, D. 1946.53; Civ. sect. civ. 13 juillet 1949, D. 1949.423; Civ. 1^{re} sect. 9 novembre 1953, D. 1954.5; Civ. 1^{re} sect. 28 décembre 1954, D. 1955.249 et note R. SAVATIER; Civ. 1^{re} sect. 1^{er} juillet 1958, D. 1958.600; Civ. 1^{re} sect. 31 mai 1960, J.C.P. 1961.II.11914 et note R. SAVATIER; Civ. 1^{re} sect. 28 juin 1960, J.C.P. 1960.II.11787 et note R. SAVATIER; Civ. 1^{re} sect. 18 octobre 1960, J.C.P. 1960.II.11846 et note R. SAVATIER, D. 1961.125; Civ. 1^{re} sect. 30 octobre 1962, Gaz. Pal. 1963.1.95. Bien entendu, sous des formules diverses, les tribunaux ont toujours requis du médecin des connaissances particulières, par exemple en condamnant chez lui « l'ignorance des choses que tout homme de l'art doit savoir » (cf. Paris 4 mars 1898, S. 1899.2.90). Rapp. la formule du Tribunal fédéral suisse, selon lequel « le médecin est tenu de posséder les connaissances nécessaires à l'exercice de sa profession » (9 décembre 1892, S. 1893.4.16).

(26) Voir notamment : Angers 12 mai 1955, J.C.P. 1955.II.8948 et note DELPECH; Trib. civ. Seine 28 juin 1955, J.C.P. 1955.II.8825, note J. BERNAYS et C. HAUSER; Trib. corr. Seine 31 mai 1956, D. 1956.766. Cf. sur ce point : R. POPLAWSKI, *Traité de droit pharmaceutique*, 1950, n° 824; BREDIN, note sous Trib. corr. Seine 19 décembre 1957, S. 1958.137.

(27) Voir par exemple : Req. 23 octobre 1945, Gaz. Pal. 1945.2.175, D. 1946.313 et note LALOU (agent de change); Trib. civ. Seine 22 avril 1953, J.C.P. 1953.II.7656 et note André BESSON (notaire); Paris 30 octobre 1956, D. 1956.782, S. 1957.59, J.C.P. 1957.II.9775 et note G.M. (huissier). Rapp., comme exigeant également des connaissances juridiques : Bordeaux 20 novembre 1956, D. 1957.189 (courtier); Paris 9 juin 1961, D. 1962.297 et note RADOUANT (agent d'affaires). Cf. *a contrario* Civ. 11 janvier 1922, S. 1924.1.105 et note DEMOGUE (erreur excusable chez des individus « étrangers au droit »).

(28) Cf. Trib. civ. Seine 7 juillet 1944, S. 1945.2.9; Civ. 5 mars 1946, D. 1946.268, S. 1946.1.120; Oran 12 janvier 1960, Gaz. Pal. 1960.1.183.

(29) Trib. civ. Lyon 16 février 1961, Gaz. Pal. 1961.1.284.

(30) Crim. 12 décembre 1952, D. 1953.166.

(31) Trib. civ. Lyon 20 juillet 1946, Gaz. Pal. 1946.2.164.

(32) Trib. comm. Lille 24 février 1933, Gaz. Pal. 1933.1.862 (« Comme tout individu se livrant à un art dont il tire profit, le coiffeur doit posséder les connaissances et l'habileté nécessaires à l'exercice de cet art »); Paris 4 février 1943, J.C.P. 1943.II.2257; Paris 1^{er} mars 1954, D. 1954.336; Paris 18 février 1957, J.C.P. 1957.II.9944 et note P. ESMEIN.

(33) Trib. civ. Sousse 12 décembre 1956, J.C.P. 1957.II.9752 et note RODIÈRE.

(34) Paris 7 mai 1956, Gaz. Pal. 1956.2.71, qui a donné lieu à Civ., 2^e sect. 26 février 1959, D. 1959.298 et note RODIÈRE.

conducteur d'autobus (35), cultivateur (36), entreprise chargée de l'entretien d'un ascenseur (37), etc., etc. (38).

Dans tous ces cas, puisque des connaissances ou une habileté particulières sont exigées, il va de soi que le type de référence ne saurait être un homme avisé quelconque ou un « bon père de famille » ordinaire. Il ne peut être qu'un « bon professionnel » de la catégorie du débiteur ou de l'agent considéré (39). Certes les tribunaux n'ont pas besoin de mentionner expressément ce type abstrait; mais ils le font parfois, évoquant l'image des bons professionnels les plus divers : « praticien averti » (40) ou moyennement informé (41), « infirmière pourvue des connaissances nécessaires à la pratique de son art et normalement habile » (42), « conseil juridique averti » (43), « professeur prudent et diligent » (44), « marin prudent et diligent » (45), « restaurateur prudent et avisé » (46), etc. Chaque fois, on le voit, les connaissances et l'habileté prêtées au type de comparaison sont déter-

(35) Trib. civ. Seine 2 mai 1960, D. 1961.139.

(36) Civ. 2^e sect., 24 décembre 1957, Bull. civ. 1957, II, n° 816, p. 528. Voir également, pour un cultivateur et un entrepreneur de travaux agricoles : Trib. civ. Saumur 19 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11537, note T. P.

(37) Paris 27 mai 1961 (motifs), S. 1962.50, D. 1961.707, Gaz. Pal. 1961.2.248.

(38) On connaît également la jurisprudence traditionnelle selon laquelle, non seulement le fabricant, mais même le vendeur professionnel est, en principe, censé connaître les vices cachés, et ne peut donc se prévaloir de l'article 1646 C. civ. ni d'une clause exonératoire ou limitative de garantie (cf. pour le fabricant : Req. 23 octobre 1940, Gaz. Pal. 1940.2.163; Civ. sect. comm. 30 janvier 1952, Bull. civ. 1952, II, n° 48, p. 38; Civ. sect. comm. 29 mai 1953, Bull. civ. 1953, III, n° 192, p. 135; Rouen 20 mars 1959, Gaz. Pal. 1959.1.117. Pour le vendeur professionnel : Aix 4 janvier 1872, D.P. 1873.2.55, S. 1873.2.179; Req. 5 juin 1929, Gaz. Pal. 1929.2.433; Aix 12 juillet 1937, D.H. 1937.475; Civ. 2^e sect. 26 juin 1953, J.C.P. 1953.II.7801 et note RODIÈRE; Douai 5 novembre 1953, D. 1953.707, S. 1954.2.73; Civ. 1^{re} sect. 24 novembre 1954, J.C.P. 1955.II.8565 et note H.B.; Civ. sect. comm. 6 juillet 1961, Bull. civ. 1961, III, n° 315, p. 273. Voir à ce sujet : note JOSSERAND sous Req. 21 octobre 1925, D.P. 1926.1.9; H. MAZEAUD, La responsabilité civile du vendeur fabricant, Rev. trim. dr. civil 1955, p. 611 et s.; note P. ESMEIN sous Civ. 1^{re} sect. 10 février 1959, J.C.P. 1959.II.11063; note R. SAVATIER sous Nîmes 25 avril 1960, D. 1960.725; note J. HÉMAR sous Civ. sect. comm. 24 octobre 1961, D. 1962.46). Mais alors il s'agit d'une véritable obligation de garantie et non d'un standard de diligence : on ne se demandait nullement si un bon professionnel aurait véritablement connu le vice de la chose. Comme on l'a très justement fait observer (MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 705-2, note 5), « certains vices échappent au vendeur professionnel le plus compétent et le plus diligent et ne peuvent être décelés par lui ». Aussi bien la jurisprudence récente semble-t-elle marquer une réaction : cf. Civ. 1^{re} sect. 4 février 1963, J.C.P. 1963.II.13159 et note SAVATIER (à propos du vendeur professionnel).

(39) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, nos 705 et s. (rappr. nos 507 et s.).

(40) Paris 18 octobre 1949, D. 1949.538, Gaz. Pal. 1949.2.401, J.C.P. 1950.II.5716 et note BRUNET.

(41) Trib. civ. Lille 26 janvier 1955, J.C.P. 1955.IV.123.

(42) Lyon 29 octobre 1951, Gaz. Pal. 1951.2.430.

(43) Trib. civ. Seine 22 avril 1953, J.C.P. 1953.II.7656 et note André BESSON.

(44) Trib. civ. Lyon 26 mai 1954, Gaz. Pal. 1954.2.227.

(45) Paris 4 juillet 1956, Gaz. Pal. 1956.2.76 (1^{er} arrêt).

(46) Civ. 6 mai 1946, Gaz. Pal. 1946.1.254.

minées à partir des qualités existant au sein d'un groupe particulier : celui des personnes exerçant la même profession.

197. — On n'a pas manqué d'observer, d'ailleurs, que ce groupe de référence pouvait être encore plus restreint, et ne comprendre que certains individus dans la profession considérée (47).

D'une part, en effet, au sein même d'une catégorie professionnelle, on exigera d'un « spécialiste » des connaissances différentes de celles d'un professionnel ordinaire : un médecin spécialiste, par exemple, devra posséder des connaissances particulières dans le domaine de sa spécialité (48), mais en dehors de celle-ci, à l'inverse, il ne sera pas tenu de posséder toutes les connaissances d'un praticien de médecine générale; un commerçant, spécialiste de la vente d'un certain article, sera également jugé selon un standard différent de celui d'un commerçant quelconque (49). Cela est logique, la différence de la profession et de la spécialité étant d'ailleurs une différence de degré et non de nature.

D'autre part on a fait remarquer qu'il convenait de tenir compte également du « rang » professionnel et, par exemple, de ne pas juger d'après le même type de référence « un médecin de campagne, un ancien Interne des Hôpitaux, ou un Professeur de Faculté » (50). Cette idée reçoit aussi application en jurisprudence (51), et elle se rapproche d'ailleurs beaucoup de l'observation, faite précédemment, selon laquelle l'appréciation *in abstracto* n'exclut pas la prise en considération des aptitudes supérieures existant concrètement en la personne du débiteur ou de l'agent considéré (52).

198. — On voit ainsi que, dégagé à partir de groupes humains très divers, le type de comparaison est extrêmement variable selon les activités et les situations.

Mais la question peut même être posée, de savoir si, dans un cas donné, ce type de référence est véritablement unique. Les fautes que l'on peut reprocher à un professionnel sont, en effet, soit des fautes qu'un homme avisé quelconque ou un « bon père de famille » n'aurait pas commises, soit des erreurs qui ne peuvent être jugées fautives que par comparaison avec la conduite d'un bon professionnel

(47) Voir en ce sens : RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, n° 89; MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n°s 511 et 705-2.

(48) Voir par exemple : Montpellier 29 mai 1934, D.H. 1934.453, et Civ. 3 avril 1939, D.H. 1939.337 (radiologue); Paris 6 janvier 1943, La Loi 30 mars 1943 (oculiste).

(49) Trib. civ. Sousse 12 décembre 1956, J.C.P. 1957.II.9752 et note RODIÈRE (bazar non spécialisé); Riom 31 octobre 1958, Gaz. Pal. 1959.I.38 (marchand spécialisé dans la vente des réfrigérateurs). Rapp. : Nancy 5 février 1924, S. 1925.2.29 (société spécialisée dans les affaires de matériel et de transport par eau); Paris 18 janvier 1939, D.H. 1939.136 (société spécialisée dans le commerce des automobiles d'occasion).

(50) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 705-6.

(51) Cf., pour un chirurgien qu'en jargon professionnel on aurait appelé un « patron » : Paris 23 novembre 1959, J.C.P. 1960.II.11469 et note SAVATIER.

(52) Voir *supra* n°s 44 et s., 76 et s.

de la même catégorie (53). On peut donc se demander si, s'agissant de juger un professionnel, cette dualité ne commande pas le recours cumulatif à deux types de comparaison (54). Mais nous croyons qu'il n'en est rien.

Il est certain, en effet, qu'un bon professionnel est conçu comme étant en même temps, par définition, un homme avisé ou un « bon père de famille ». Le chirurgien qui oublie une pince dans le corps du malade — exemple classique — commet une faute qui n'a aucun caractère technique : néanmoins il suffira de le comparer au type du bon chirurgien pour que cette faute apparaisse avec évidence.

199. — Les remarques qui précèdent — pour volontairement succinctes qu'elles soient, car elles ne font que rappeler des idées de simple bon sens et communément admises — permettent de se former une notion du groupe humain à partir duquel doivent être dégagées les connaissances et l'adresse prêtées au type abstrait de référence. Toutefois, ce groupe étant circonscrit, un point reste à préciser : quelles sont les connaissances et l'habileté d'un homme avisé, d'un bon conducteur, d'un bon médecin ou d'un bon artisan ? Est-ce que ce sont celles que possède la grande majorité des individus du groupe considéré ? Ou celles que possède l'élite de ceux-ci ? Ou s'agit-il d'une aptitude moyenne, au sens où l'entendraient des statisticiens, c'est-à-dire telle qu'elle se rencontrerait chez plus de 50 p. 100 des individus composant le groupe ?

Dans un souci de sécurité et de progrès, on serait tenté de répondre : les qualités du type abstrait doivent se définir comme plutôt supérieures à la moyenne. Nous ne croyons pas, cependant, que cette conception puisse être admise. Sans vouloir chercher une précision impossible, nous pensons au contraire que les connaissances et l'habileté exigibles sont celles qui se rencontrent chez une large majorité d'individus au sein du groupe de référence. Les juges ne condamneraient sans doute pas un chirurgien s'ils avaient le sentiment que l'adresse qui lui a manqué, dans l'accomplissement d'un geste opératoire délicat, aurait également fait défaut à 45 p. 100 de ses confrères

(53) Cf. notamment : Civ. 18 octobre 1937, Gaz. Pal. 1937.2.801, D.H. 1937.549, S. 1938.1.6; Civ. sect. civ. 13 juillet 1949, Gaz. Pal. 1949.2.214, D. 1949.423, J.C.P. 1950.II.5716 et note BRUNET.

(54) A vrai dire, les auteurs qui ont insisté sur cette dualité, notamment à propos de la responsabilité médicale (voir spécialement BEUDANT, Cours de droit civil français, 1^{re} éd., Les contrats et les obligations, appendice, n° 1187, par H. CAPITANT; DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. III, n° 264; R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile, 2^e éd., t. II, n° 777, et note sous Req. 30 novembre 1938, D.P. 1939.1.49) l'ont fait généralement pour justifier la thèse selon laquelle une faute professionnelle lourde, ou « caractérisée », engagerait seule la responsabilité de son auteur. M. SAVATIER, dans la note précitée, soulignait d'ailleurs que « même dans le domaine où le médecin est soumis à la responsabilité de droit commun, il ne faut pas croire possible de faire abstraction de sa qualité de médecin »; on trouve là en germe l'idée selon laquelle la faute du médecin peut être non seulement une faute ordinaire ou une faute technique, mais encore une faute « contre l'humanisme médical » (idée développée dans SAVATIER, AUBY et PÉQUIGNOT, Traité de droit médical, n° 310).

placés dans la même conjoncture (55). Nous ne saurions donc critiquer les juridictions qui attribuent au type de comparaison une « habileté moyenne » (56) ou qui l'imaginent « moyennement informé » (57), mais nous comprenons ces formules en un sens usuel et approximatif plutôt que rigoureusement arithmétique : nous voulons dire que *la plupart* des gens possèdent ces aptitudes dites « moyennes ».

Il ne faut pourtant pas aller trop loin dans cette voie, sous peine de légitimer des ignorances et des maladresses inadmissibles. On jugera donc excessive l'opinion d'un tribunal pour lequel (s'agissant du niveau de connaissances exigé d'une personne quelconque) il n'y aurait pas faute à ignorer une donnée physique élémentaire — en l'espèce : qu'il est dangereux de provoquer un contact électrique dans un local envahi par le gaz d'éclairage — dès lors que cette donnée « n'est pas à la connaissance de tout le monde » (58). Une telle conception revient à abaisser le standard juridique au niveau des plus ignorants, ce qui est trop dangereux pour être acceptable.

Au surplus, l'appréciation devrait être plus sévère si, au sein du groupe de référence, le niveau ordinaire de connaissances ou d'habileté apparaissait nettement insuffisant eu égard aux exigences de la sécurité commune. Par exemple, il n'est pas absurde d'estimer qu'à l'heure actuelle « l'automobiliste moyen » — statistiquement parlant, si l'on ose ce barbarisme — est un médiocre conducteur, faute d'avoir consacré à son propre perfectionnement un soin suffisant. Or, en ce qui concerne le soin, il est parfois opportun — ainsi qu'on va le voir — que le standard s'établisse *au-dessus* de la pratique courante, quand celle-ci manifeste un relâchement collectif dangereux.

Section II

LE SOIN ATTRIBUÉ AU TYPE DE RÉFÉRENCE

200. — On sait que le type de comparaison utilisé pour l'appréciation *in abstracto* est imaginé comme un homme droit et honnête (59), donc soucieux de l'intérêt d'autrui. Avisé, il veille d'ailleurs aussi à

(55) Cf. Trib. civ. Nîmes 20 octobre 1953 (J.C.P. 1954.II.8222 et note CLAVEL), qui dénie le caractère de faute à une erreur de diagnostic « fréquente et difficile à éviter ».

(56) Trib. civ. Seine 9 mai 1956, Gaz. Pal. 1956. 2, somm. p. 4.

(57) Trib. civ. Lille 26 janvier 1955, J.C.P. 1955.IV.123.

(58) Trib. civ. Nice 18 mai 1960, D. 1962.591, note LOMBOIS. Le motif critiqué, était, il est vrai, donné comme surabondant, la faute commise se trouvant absorbée, en l'espèce, par une faute plus grave qui l'avait directement provoquée.

(59) *L'honnêteté intellectuelle*, en particulier, est exigée de lui (cf., pour les devoirs de probité et d'objectivité de l'historien : Civ. sect. civ. 27 février 1951, S. 1951.I.158, D. 1951.329 et note DESBOIS, J.C.P. 1951.II.6193 et note MIHURA, Gaz. Pal. 1951.I.230 et concl. REY. Trib. civ. Nantes 23 octobre 1953, J.C.P. 1954.II.7993 et note ESMEIN). Cette exigence, pourtant, ne devrait pas dégénérer en celle d'un conformisme injustifiable (cf. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », D. 1951, chron. p. 119).

ne pas se nuire à lui-même. En aucun cas, par conséquent, l'incurie ne saurait être son fait.

Ce n'est pas à dire, pourtant, qu'il faille le concevoir comme un homme parfait, sur le plan moral : ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle jugé « qu'un manque de mesure et de délicatesse ne saurait être considéré comme une faute génératrice de dommages-intérêts » (60). Mais surtout, il est incontestable qu'un homme avisé ne se croit pas tenu de déployer en toute circonstance un soin méticuleux, allant jusqu'à la minutie et au scrupule, voire à la paralysie de toute activité. C'est donc entre ces deux extrêmes, que sont l'incurie et la minutie excessive, que se situe le soin raisonnablement exigible.

Mais, dans ces limites, comment le définir ? Aucune formule précise ne peut être fournie à cet égard, puisque justement il appartient au juge, dans chaque cas d'espèce, de se livrer à une appréciation. Tout au plus peut-on évoquer deux idées très générales, qui éclairent la façon dont raisonnent à ce sujet les tribunaux : celle de la *variabilité du soin exigible*, et celle de l'utilité du *recours aux usages*.

§ 1. — LE CARACTÈRE VARIABLE DU SOIN EXIGIBLE

201. — La première remarque qui s'impose, en effet, c'est que le degré de soin prêté au type de référence varie nécessairement, non seulement selon la nature de l'obligation, mais encore en fonction des circonstances de fait.

202. — En matière contractuelle, un débiteur avisé déploie en principe un plus grand soin lorsqu'il est tenu d'une obligation dite « de résultat », que lorsqu'il est tenu d'une simple obligation de moyens.

S'agissant de l'obligation de moyens, on voit encore les tribunaux utiliser — à propos de la conservation d'une chose — l'ancienne formule enjoignant au débiteur de donner à la chose d'autrui les soins qu'un bon père de famille eût apportés à la conservation *de sa propre chose* (61). C'est bien ainsi, en effet, que s'entendait originellement le critère du bon père de famille (62). Il ne s'agissait pas seulement d'un homme raisonnable, mais d'un homme raisonnable imaginé à la tête de sa maison, dans la conduite de ses propres affaires. Dans un tel système, le débiteur est en droit de négliger certaines

(60) Paris 20 décembre 1934, S. 1935.2.190.

(61) Bourges 19 mars 1958, maintenu par Civ. 1^{re} sect. 12 juillet 1960, D. 1960 somm. 101; Civ. sect. soc. 10 avril 1962, D. 1962.565 et note LINDON, 1^{er} arrêt.

(62) Cf. POTHIER, Traité des Obligations, n° 142 : « Si le contrat concerne l'utilité commune des deux contractants, le débiteur est tenu d'apporter à la conservation de la chose qu'il doit, le soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires ». Traité du contrat de louage, n° 190 : « Le conducteur doit jouir et user de la chose qui lui est louée, comme un bon père de famille userait de la sienne propre ; il doit avoir le même soin pour la conserver qu'un bon et soigneux père de famille aurait pour la sienne propre... » « Le fermier d'une vigne doit... la cultiver de la même manière qu'un bon et soigneux vigneron cultiverait sa propre vigne... ».

précautions dont l'utilité est moindre que la gêne qu'elles lui causeraient. Entendu ainsi, le recours au type du bon père de famille, s'il témoigne de l'exigence de certaines qualités uniformes, n'en présente pas moins une nuance indulgente en ce qui concerne le soin exigible (63).

S'agissant d'obligations « de résultat », au contraire, le standard de diligence est plus rigoureux. Certes nous ne croyons pas que le débiteur, pour pouvoir invoquer la force majeure, doive avoir poussé la minutie et l'esprit de sacrifice jusqu'aux extrêmes limites du possible, telles qu'on peut intellectuellement les concevoir. Mais il n'en est pas moins certain que sa diligence, en pareil cas, ne peut être appréciée par référence au soin qu'un bon père de famille apporte à ses propres intérêts, avec la faculté de négliger des précautions plus gênantes qu'utiles. Lorsqu'il s'agit d'une telle obligation, on doit pour y satisfaire, sinon aller jusqu'aux limites du possible, du moins s'imposer des sacrifices qu'on refuserait très raisonnablement pour soi-même.

203. — De même il est traditionnellement admis que le devoir de diligence auquel chacun est astreint, pour ne pas nuire à autrui par son quasi-délit, impose plus de soin, en principe, qu'une simple obligation contractuelle de moyens. Chacun sait que tel était le sens profond de la distinction, par ailleurs critiquable, entre la *culpa levis* et la *culpa levissima*. En ce sens, bien que les termes employés ne soient pas excellents, on comprend la formule utilisée jadis par la Cour de cassation : « Lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'un contrat, ... le principe est alors posé par l'article 1137 C. civ., qui décide que le débiteur ne répond que de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille » (64).

204. — Mais il ne faut pas attribuer à ces oppositions, tenant à la nature juridique de l'obligation, une valeur trop absolue. Pour chaque sorte d'obligation, en effet, le degré de soin déployé par l'homme raisonnable varie à l'infini selon les circonstances de fait. Il est évident que le médecin, lorsque la vie du malade est en danger, doit appliquer à son cas une plus grande tension d'esprit que lorsqu'il s'agit d'un simple rhume de cerveau. De même pour les obligations « de résultat » : comme l'écrivent MM. Mazeaud et Tunc (65), « tel vol peut être invoqué comme un cas de force majeure par le détenteur d'un objet quelconque, qui ne libérerait pas le détenteur d'un objet précieux,

(63) Pour LE BRUN, dans son « Essai sur la prestation des fautes » (voir Œuvres de POTHIER, éd. Bugnet, t. II, p. 503 et s.), la diligence du bon père de famille n'est point « celle qui naît d'une contention d'esprit, d'une application fatigante, qui met l'homme dans un état forcé. C'est celle dont il fait preuve habituellement dans la conduite de ses affaires, lorsqu'il ne se permet point de négligence... ». Voir sur ces points : TUNC, note sous Orléans 30 juillet 1942, D.C. 1943.17.

(64) Civ. 11 janvier 1922, D.P. 1922.1.16, S. 1924.1.105 et note DEMOGUE.

(65) Responsabilité civile, t. II, n° 1564-2.

obligé à plus de précautions contre le vol ». C'est ce que disait déjà Troplong (66) : « Lorsque le commissionnaire est nanti d'objets appartenant à divers, qu'il ne peut tous arracher à la perte dont les menace la force majeure, il est juste qu'il sauve les plus précieux, s'il a le temps de faire un choix. Qui pourrait le trouver répréhensible d'avoir arraché aux flammes une boîte de diamants appartenant à Jacques, pendant qu'il laissait périr un sac de blé appartenant à François ? ». Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur ce point : il va de soi que l'homme raisonnable, en tous domaines, proportionne sa diligence aux circonstances, à l'imminence et à la gravité des périls.

205. — Mais en disant ainsi que le soin exigible est essentiellement variable, on ne formule qu'une règle en quelque sorte négative. Pour déterminer ce degré de soin de façon précise et positive, spécialement dans le cas des devoirs de diligence et des obligations de moyens, comment le juge va-t-il, dans chaque cas, procéder ? Habituellement, s'identifiant lui-même à l'homme raisonnable, il se demandera s'il aurait pris ou non telle précaution (67). Mais lorsque la conduite à apprécier se situe dans un domaine qui lui est étranger, notamment lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une technique spécialisée, il lui reste encore une autre ressource : celle de se référer aux usages.

§ 2. — LE RECOURS AUX USAGES

206. — La démarche intellectuelle consistant, pour le juge, à déterminer la diligence due par référence aux usages, est trop connue, et a été trop souvent mise en lumière, pour qu'il soit nécessaire d'y insister (68). Trois points seulement, à cet égard, demandent à être précisés.

207. — En premier lieu, il faut observer que tous les usages ne sont pas de nature à intéresser le problème, présentement envisagé,

(66) Du mandat, n° 410.

(67) Voir sur ce point : MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 440.

(68) Sur ce rôle particulier des usages, constaté en matière de responsabilité, voir notamment : LÉGAL, De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle, thèse Paris 1922, p. 141 et s.; RABUT, De la notion de faute en droit privé, thèse Paris 1946, n°s 79 et s.; DELIYANNIS, La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle, thèse Paris 1951, n°s 51 et s.; RODIÈRE, La responsabilité civile, n° 1401; MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n°s 94 et 705-7. Et parmi les nombreuses décisions se référant aux usages considérés à ce point de vue : Req. 5 avril 1894, D.P. 1894.1.479; Besançon 15 novembre 1934, D.H. 1935.25; Civ. 5 août 1935, D.H. 1935. 539; Civ. 12 janvier 1937, S. 1937.1.99; Trib. civ. Blois 27 juin 1941, Gaz. Pal. 1941.2.63; Req. 6 janvier 1947, D. 1947.210; Trib. corr. Seine 18 décembre 1947, D. 1948.107, Gaz. Pal. 1948.1.65; Trib. comm. Saint-Nazaire 20 juin 1951, Gaz. Pal. 1951.2.248; Trib. civ. Béthune 25 mai 1954, D. 1955.533 et note POCHON; Lyon 16 avril 1956, D. 1956.693, J.C.P. 1956.II.9670; Civ. 1^{re} sect. 2 décembre 1958, Gaz. Pal. 1959.1.94, J.C.P. 1959.II.11184 et note R. SAVATIER; Grenoble 7 décembre 1961, J.C.P. 1963.II. 13030; Civ. sect. soc. 10 avril 1962, D. 1962.565 et note LINDON (1^{re} espèce).

du soin exigible. Ceux-là seuls sont à considérer qui se rapportent à des *précautions* utiles, dont on se demande si elles devaient ou non être prises.

Par conséquent, il n'y a pas lieu de retenir à ce point de vue les « usages de fait » qui sont de simples habitudes répondant à la seule commodité de ceux qui exercent une activité, et ne sauraient donc s'imposer à ceux qui trouveraient plus commode d'agir autrement. Il a été jugé, par exemple, que l'on ne pouvait reprocher à un notaire, procédant à une vente aux enchères publiques, d'avoir — contrairement à l'usage — vendu un immeuble avant les meubles le garnissant (69). Dans un tel cas, en effet, l'usage ne correspond nullement à une précaution destinée à éviter des dommages (70).

Mais parmi les « usages de droit », un grand nombre n'intéressent pas davantage le problème du soin requis. Ainsi les usages locaux, ou les usages interprétatifs de volonté, n'ont aucun rapport avec ce problème, bien qu'ils produisent des effets juridiques. Il ne saurait être question ici du rôle de la coutume.

208. — En second lieu, on doit remarquer que, même parmi les usages qui se rapportent à des précautions utiles et qui tendent à éviter la production de dommages, certains n'ont rien à voir avec la question du degré de soin exigible. Car, dans la détermination du standard de diligence, les usages interviennent de deux façons très différentes.

Certains, en effet, tirent leur utilité du seul fait qu'ils sont communément reçus, indépendamment de leur valeur intrinsèque. Ce sont, en somme, de simples conventions (en prenant ce mot dans son sens extrajuridique). Par exemple, avant même toute réglementation, l'usage s'était introduit, entre gens de mer, de venir en principe par tribord pour croiser un autre bâtiment (71) : bien entendu, l'usage inverse n'aurait pas été moins raisonnable en soi ; ce qui donne sa valeur à l'usage, en de tels cas, c'est la sécurité issue d'un comportement uniforme. Or, s'il n'est pas douteux qu'un homme avisé et soigneux observe de tels usages, ce ne sont pourtant pas ceux-ci qui aident à résoudre la question du degré de soin attribué à cet homme avisé. Les usages intéressant cette question, ce sont ceux qui permettent au juge de savoir si telle ou telle précaution, en soi utile, peut être raisonnablement exigée, si elle est compatible avec les conditions actuelles de la vie ou les conditions normales d'exercice d'une activité (par ex. : les médecins ont-ils l'habitude de faire, pour tel type de

(69) Poitiers 3 février 1960, J.C.P. 1960.II.11751 et note ESMEIN. Cet arrêt a d'ailleurs été cassé, mais pour de tout autres raisons (Civ. 1^{re} sect. 3 mars 1964, J.C.P. 1964.II.13622 et note ESMEIN).

(70) A plus forte raison, il ne faudrait pas opposer des routines intellectuelles à la libre activité de l'esprit. Cf. sur ce point la chronique précitée de M. le Doyen CARBONNIER : « Le silence et la gloire », D. 1951, chron. p. 119.

(71) Cf. Paris 24 juin 1958 (J.C.P. 1958.II.10690 et concl. COMBALDIEU), qui se réfère à cette « pratique constante des gens de mer ».

blesse, une piqûre antitétanique? Les parents, à notre époque, laissent-ils des enfants de tel âge rouler à bicyclette? etc.).

209. — En ce qui concerne ce dernier rôle des usages, enfin, il est banal d'observer que la jurisprudence n'attribue pas à ceux-ci une valeur absolue, mais que les juges, au contraire, se reconnaissent le droit de censurer les usages qu'ils estiment mauvais (72). Et cette position paraît susciter chez certains auteurs une sorte de malaise (73). N'est-il pas étrange, en effet, — et générateur d'insécurité juridique — de condamner certains au nom des usages, alors que l'on reproche à d'autres, au contraire, de s'y être conformés?

Mais en réalité il n'y a rien là que de très logique. L'usage, en effet, se présente très différemment selon qu'il consiste à prendre ou à ne pas prendre une certaine précaution. Dans le premier cas, il manifeste de façon irréfutable — comme on prouve le mouvement en marchant — que la précaution en question est compatible avec l'exercice normal de l'activité considérée; on peut donc l'opposer sans hésitation à celui qui, pour avoir omis cette précaution, a causé un dommage. Dans le second cas, en revanche, l'usage ne saurait trancher de façon décisive la question du comportement raisonnable. Si une précaution n'est jamais ou presque jamais prise, il est probable, *a priori*, que l'expérience en a révélé la superfluité; mais cela n'a rien d'absolu; il peut exister, même dans de très larges groupes humains, une contagion du relâchement et de la négligence, contraire à l'attitude raisonnable. Il appartient alors au juge de réagir, sans aucun égard pour le fait que le comportement nuisible s'est généralisé. Le soin « moyen » est un soin minimum, et rien de plus.

210. — Bien qu'elles soient conformes à la tradition historique (74), on accueillera donc avec quelque réserve les opinions doctrinales qui prêtent au type de référence une diligence « moyenne » (75) ou « ordinaire » (76), ainsi que les décisions judiciaires qui dépeignent ce type

(72) Ce correctif est formulé par tous les auteurs cités précédemment à propos des usages, et ce sur la base d'une jurisprudence bien établie, spécialement en matière médicale; voir notamment : Paris 4 juillet 1932, D.P. 1933.2.113 et note LALOU; Paris 25 avril 1945, Gaz. Pal. 1945.1.209 et concl. JODELET, D. 1946.190 et note TUNC, S. 1946.2.29 et note DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, J.C.P. 1946.II.3161 et note RABUT; Paris 26 avril 1948, Gaz. Pal. 1948.2.42, D. 1948.272; Montpellier 14 décembre 1954, D. 1955.745 et note CARBONNIER, et, sur pourvoi : Civ. 1^{re} sect. 1^{er} juillet 1958, D. 1958.600. Rapp. (en matière de faute grave visée par l'art. 854 C. rur.) : Civ. sect. soc. 12 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 48, p. 38 : « La faute ne perd pas son caractère de gravité du seul fait qu'elle est souvent commise dans des circonstances semblables sans causer de dommage ».

(73) Cf. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n°s 94 et 511.

(74) Cf. POTHIER, Traité des Obligations, n° 142 (« soin ordinaire »), Vente n° 53 (« diligence commune et ordinaire »), Louage n° 192 (« diligence commune »).

(75) P. ESMEIN, La faute et sa place dans la responsabilité civile, Rev. trim. droit civil 1949, p. 481 et s., spécialement n° 5. PLANIOL, RIPERT et RADOUANT, Traité pratique de droit civil français, t. VII, 2^e éd., n° 834.

(76) BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LAGARDE, Cours de droit civil français, t. VIII, n° 396.

comme « moyennement consciencieux » (77) ou qui posent en principe que l'on ne commet aucune faute dès lors que l'on prend « toutes les précautions normales en usage dans la vie habituelle » (78). On hésitera même à trouver pleinement satisfaisante la formule « prudence ordinaire », employée par la Cour de cassation (79). En réalité, chacun doit être consciencieux et diligent, quand bien même un fléchissement se manifesterait dans le soin moyen du groupe considéré. L'appréciation *in abstracto*, on l'a vu, ne se fonde pas uniquement sur des raisons d'ordre statistique, lorsqu'elle soumet chacun à l'empire de la raison.

211. — *Conclusion du chapitre.* — Ainsi le type de référence servant à apprécier la faute apparaît-il, en principe, comme possédant les connaissances et l'habileté communément répandues parmi les individus remplissant la fonction ou se livrant à l'activité considérée. De même il faut lui prêter — lorsque la question se pose — un degré ordinaire de courage naturel et de sang-froid. Sans vouloir chercher une précision illusoire, on peut admettre que ces diverses qualités sont exigibles dans la mesure où elles se rencontrent chez la plupart des sujets appelés à se trouver placés dans la même situation.

En revanche, il faut se représenter ce type abstrait sous l'aspect d'un homme avisé et déployant un degré raisonnable de soin, quels que soient l'intelligence et le soin « moyens » au sein du groupe social. Pour cette raison, la considération des usages n'a qu'une valeur indicative.

Il reste entendu, en outre, que ce type général peut, ainsi qu'on l'a souligné antérieurement, être corrigé en fonction de certaines données internes propres au sujet concret qui se trouve en cause : aptitudes exceptionnelles, inaptitudes physiques irréductibles.

Ces différentes indications ne peuvent aboutir à une précision rigoureuse puisque, par hypothèse, on envisage un « standard » juridique souple auquel ne saurait être substitué le jeu automatique de règles déterminées. Nous pensons cependant qu'elles suffisent à donner une idée de la manière dont se trouve mis en œuvre le principe d'appréciation *in abstracto* de la faute.

(77) Trib. civ. Lille 26 janvier 1955, J.C.P. 1955.IV.123.

(78) Dijon 20 novembre 1936, D.H. 1937.43.

(79) Civ. 2^e section 16 juillet 1953, J.C.P. 1953.II.7792 et note RODIÈRE; Civ. 2^e section 8 novembre 1961, Bull. civ. 1961, II, n^o 732, p. 514.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

212. — Au terme des analyses qui précèdent, on sait que l'appréciation de la faute civile s'opère, pour l'essentiel, *in abstracto*. L'illicite s'apprécie normalement de cette manière, le contenu des devoirs et obligations se déterminant, en principe, indépendamment des particularités propres aux sujets obligés (1). La gravité des fautes se mesure elle-même, le plus souvent, de façon objective. L'imputabilité des manquements, certes, est censée être appréciée *in concreto*, mais il n'en est ainsi que parce qu'on réduit à presque rien cette notion d'imputabilité, de manière à ne la faire jouer que dans des cas extrêmes et, par suite, peu nombreux.

Cette prédominance de l'appréciation *in abstracto* s'explique à partir d'une constatation première : celle de la prépondérance des nécessités sociales, qui commandent de considérer d'abord les intérêts en cause et de ne laisser, par conséquent, qu'une place limitée et subsidiaire au jeu des préoccupations de morale rétributive. Or, si l'on compare les intérêts en présence, il n'est pas douteux que les particularités individuelles d'un sujet d'obligations, lorsqu'elles le conduisent à agir de façon inopportune, sont beaucoup plus lourdes de conséquences nuisibles que ne peuvent l'être le sacrifice et l'effort particuliers demandés à des sujets moins doués. A la limite, même, dans les cas où l'observation de la norme s'avère psychologiquement impossible et où il ne s'agit plus que de régler l'incidence d'un dommage inévitable, l'intérêt général exige encore que cette charge retombe plutôt sur celui qui n'a pas observé la règle — même si en cela il n'a pas démérité — que sur ceux qui, agissant correctement, ont positivement mérité la sécurité juridique.

213. — Mais le rappel de ces considérations favorables à l'appréciation *in abstracto* ne doit pas, pourtant, conduire à élargir sans

(1) Cependant il en va différemment pour certaines obligations dont les tribunaux ont à préciser le contenu en dehors de toute appréciation de la faute. On veut parler des obligations alimentaires et des contributions à des charges familiales, qui sont fixées eu égard aux facultés du débiteur (cf. art. 208, 209, 214 al. 1, 301 al. 1, 303 C. civ.). En ce domaine il n'existe pas un niveau « normal » de ressources, en fonction duquel se déterminerait en principe la dette. Cela tient au caractère très particulier de ces obligations, le débiteur étant ici tenu en tant que titulaire de certaines ressources, et non pas en vertu d'un acte ou d'un fait susceptible d'être considéré abstraitement.

mesure le domaine de ce mode de raisonnement. Car les fondements de l'appréciation *in abstracto* supposent une condition préalable qui, du même coup, en marque les limites.

Il faut en effet remarquer qu'en examinant jusqu'ici le cas des sujets d'obligations, affectés de particularités diverses, on a envisagé des individus *dans leur comportement*. Or le comportement peut être soumis aux exigences de la raison. Mais les choses se présentent tout autrement lorsque l'on considère les hommes en tant que, passivement (2), ils attendent d'autrui l'exécution d'une prestation ou sont exposés à subir un dommage. Alors (par exemple quand la réceptivité personnelle d'un sujet accroît son préjudice ou quand une circonstance individuelle augmente ses besoins), on peut se trouver en présence de particularités parfaitement conciliables avec le type de l'homme avisé, et qui, comme telles, n'allant pas contre la raison, sont *a priori* susceptibles d'être prises en considération. De telles particularités, se rencontrant chez les sujets d'obligations, produisent rarement un effet décisif, du fait qu'il est généralement possible d'agir de manière à neutraliser ses infériorités, et que la souplesse des comportements humains réduit considérablement l'importance du sacrifice ainsi requis (celui qui, inapte, doit renoncer à une activité, peut ordinairement obtenir par d'autres voies les satisfactions qu'il en aurait attendues). Mais cette observation serait sans équivalent dans des domaines où l'appréciation *in abstracto* ne conduirait plus à soumettre un comportement à une exigence uniforme, mais à mesurer la protection juridique aux besoins d'un homme abstrait. Ne risquerait-on pas, alors, de faire retomber sur le sujet une charge irréductible en opposant, non plus à son action, mais à son être même, une règle d'appréciation abstraite?

En réalité une telle règle, loin de se rattacher à un principe absolu d'inopposabilité des infériorités individuelles, ne trouve sa valeur que dans la mesure où l'on envisage ces infériorités en la personne d'un sujet de devoirs ou d'obligations, soumis comme tel aux normes de la raison qui lui commandent de juger sainement et de se conformer à la règle commune. Dans les cas où, au contraire, on considère des personnes dont la situation appelle la protection du droit, les impératifs précédemment dégagés perdent l'essentiel de leur force, et laissent alors le champ libre à cette idée très simple que, lorsqu'on veut protéger un intérêt, il faut, semble-t-il, envisager celui-ci tel qu'il existe réellement.

Pour s'assurer qu'il en est bien ainsi, on va maintenant examiner, dans la seconde partie de cet ouvrage, le rôle que jouent les particularités individuelles lorsqu'elles se rencontrent chez les bénéficiaires d'une protection juridique.

(2) Nous prenons cet adjectif au sens courant et non au sens juridique. En termes juridiques, chacun le sait, le lien de droit est vu du côté « passif » lorsque l'on considère celui sur qui pèse l'obligation, et qui pourtant est envisagé en tant qu'agent. Du côté « actif », au contraire, on trouve un créancier qui n'a guère qu'à attendre passivement son dû.

SECONDE PARTIE

APPRÉCIATION *IN ABSTRACTO*
ET APPRÉCIATION *IN CONCRETO*
A L'ÉGARD DES BÉNÉFICIAIRES
D'UNE PROTECTION JURIDIQUE

214. — Dans la mesure où les institutions juridiques tendent à protéger des intérêts, leur mise en œuvre conduit nécessairement à s'interroger sur l'effet des particularités individuelles existant chez les bénéficiaires (ou les bénéficiaires éventuels) d'une telle protection. L'exigence des intérêts, en effet, varie en fonction de données personnelles. Quand la loi civile, par exemple, prend en considération les besoins de certaines personnes, il est clair que ces besoins sont influencés par des circonstances propres à chaque sujet : âge, état de santé, éducation, etc... Quand le droit prévoit la réparation d'un dommage, il est évident que celui-ci, toutes choses égales d'ailleurs, peut être plus ou moins important selon qu'il a été subi par une personne plus ou moins vulnérable. De même encore, si l'on considère les règles protectrices tendant à assurer la liberté du consentement dans la formation des actes juridiques, on observera inévitablement que les individus de caractère faible ou de jugement limité risquent, plus que d'autres, de se voir entraînés à souscrire des engagements ne répondant pas à leur volonté profonde, et ont par conséquent besoin de protection dans des cas où d'autres, psychologiquement mieux armés, ne risqueraient pas de voir leurs intérêts compromis.

Ces remarques élémentaires permettent de douter, à première vue, que le droit puisse dispenser uniformément sa protection à un *homo juridicus* abstrait, et méconnaître les diversités humaines existant chez ceux qui réclament cette protection. Toutefois il est permis de se demander si le souci de sécurité juridique, qui contribue à justifier en d'autres domaines l'appréciation *in abstracto*, ne doit pas, ici encore, conduire parfois à juger inopposables certaines données subjectives. A trop aller vers le concret et l'individuel, les besoins ne risquent-ils pas de se muer en simples convenances personnelles, dont il serait peu équitable de faire supporter à autrui les exigences capricieuses ? La théorie des vices du consentement ne risque-t-elle pas de nuire à des contractants parfaitement corrects, au profit d'autres contractants qui ne se sont trompés que par suite d'une coupable négligence ? Les bénéficiaires d'une obligation de sécurité n'invoqueront-ils pas leurs propres particularités, dont mieux que quiconque ils étaient à même de pallier les effets, pour faire juger en faute des débiteurs qui ne pouvaient connaître ces anomalies ? On voit par là qu'un certain recours à l'abstrait pourrait n'être pas dépourvu de tout fondement, même lorsque les singularités se rencontrent chez des sujets qui bénéficient, ou prétendent bénéficier, de la protection du droit.

215. — On comprendrait tout particulièrement ce recours à l'appréciation *in abstracto* lorsque la protection juridique est accordée à ceux dont l'attitude s'est trouvée infléchie, et en quelque sorte viciée, par quelque circonstance défavorable. Tel est le cas, essentiellement,

lorsque le droit protège ceux qui sont tombés dans l'erreur ou ont cédé à la crainte. Si ces données psychologiques doivent donner lieu à une appréciation *in concreto*, cela va permettre à certains de se prévaloir de leurs infériorités intellectuelles ou morales, ce qui fait un curieux contraste avec les principes précédemment dégagés à propos de la faute. Celui qui se trompe parce qu'il est peu perspicace, celui qui cède à la peur parce qu'il est exceptionnellement timoré, ne se comportent pas en gens avisés, et en ce sens ils commettent une faute juridique. Qu'ils puissent s'en prévaloir pour bénéficier d'une règle protectrice, il y a là quelque chose qui, *a priori*, pourrait surprendre.

En revanche cette difficulté ne semble pas devoir apparaître lorsque la donnée humaine à laquelle est liée la protection juridique est non pas une attitude, sur laquelle on puisse porter un jugement semblable à celui auquel donne lieu l'appréciation de la faute, mais une situation de l'individu, dont l'intérêt varie selon ce qu'il est concrètement. En appréciant le dommage, par exemple, ou les besoins d'un créancier d'aliments, on envisage des notions dont le contenu peut varier en fonction des particularités personnelles, mais sans que ces diversités impliquent que certains soient moins avisés que d'autres. L'appréciation *in concreto* ne paraît pas, alors, susciter la même objection que dans l'hypothèse précédente.

Pour tenir compte de la manière différente dont le problème se pose selon les cas, il semble donc opportun de distinguer ces appréciations, qui interviennent lorsque la situation d'un créancier fournit la mesure de son droit, de celles auxquelles donnent lieu l'erreur ou la crainte envisagées comme les conditions d'une protection juridique (1). En conséquence, on répartira les questions à traiter sous deux titres successifs :

Titre Ier. — *L'appréciation de l'erreur et de la crainte, conditions d'une protection juridique ;*

Titre II. — *L'appréciation de la situation du créancier, mesure d'une protection juridique.*

(1) Nous nous efforçons de limiter l'analyse aux problèmes essentiels, c'est-à-dire aux domaines où se pose véritablement, et de façon cruciale, le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. Notamment nous ne croyons pas devoir insister, en ce qui concerne les conditions psychologiques d'une protection juridique, sur l'appréciation de l'*animus domini*. Certes une doctrine autorisée soutient que cette notion s'apprécie *in abstracto*, cela afin d'expliquer qu'un détenteur précaire ne puisse, par sa seule volonté, se muer en possesseur (Cf. H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, nos 1425 et 1427). Mais si l'on ne peut nier ce dernier point, qui résulte de la loi elle-même (art. 2236 et s. C. civ.), il paraît difficile d'en rendre compte par l'idée d'une appréciation *in abstracto* de l'*animus domini*, idée qui en d'autres hypothèses se révèle inacceptable. Que l'on envisage, en effet, le cas d'un cultivateur qui prend l'initiative d'entretenir les plantations d'un voisin parti au loin : pour savoir s'il gère l'affaire d'autrui (auquel cas il n'est certainement pas possesseur) ou s'il possède *animo domini*, c'est évidemment son intention personnelle qu'il faut essayer de discerner. Se demander si un individu-type, quand il agit de la sorte, le fait comme gérant d'affaire ou dans un esprit d'appropriation, ce serait, nous semble-t-il, poser une question insoluble.

TITRE PREMIER

L'APPRÉCIATION DE L'ERREUR

ET DE LA CRAINTE

CONDITIONS D'UNE PROTECTION JURIDIQUE

216. — Lorsque le droit civil entend protéger ceux qui ont été induits en erreur, ou ceux qui ont cédé à la crainte, le problème se pose de savoir si la donnée psychologique ainsi prise en considération doit être envisagée dans sa réalité concrète ou si, au contraire, elle doit être appréciée en faisant abstraction de certaines particularités personnelles, pour interdire aux individus anormaux ou peu avisés de faire supporter à autrui les conséquences de leurs déficiences.

217. — Ce problème se présente notamment à propos des diverses règles juridiques, qui, dans un souci de sécurité, tendent à faire produire effet à une situation apparente. La notion d'apparence dépend, en effet, des facultés humaines de perception et de raisonnement, lesquelles sont variables selon les sujets : tel peut être victime d'une fausse apparence, là où tel autre, plus perspicace, discerne la réalité des choses. Si l'on s'attache à cet effet de la diversité humaine, il en résultera que, dans les domaines où l'apparence est prise en considération, une personne pourra faire valoir sa propre illusion là même où un esprit raisonnable n'aurait pas été abusé. Mais à l'inverse, il est possible d'entendre l'apparence de façon abstraite; dans la langue usuelle, l'apparent n'est pas ce qui est perçu par un individu donné, ni même ce qui lui est perceptible, mais ce qui est normalement perceptible à tous : si cette acception prévaut, nul ne pourra invoquer son aveuglement pour prétendre qu'il a été victime d'une apparence trompeuse.

Souvent, il est vrai, pour protéger ceux qui se sont mépris sur l'existence d'une situation juridique, la loi se réfère non pas à la notion d'apparence proprement dite, mais à celle de « bonne foi ». Alors, au contraire, il semble *a priori* que l'appréciation concrète et subjective s'impose : une personne n'est pas de mauvaise foi parce que son erreur n'eût pas été commise par quelqu'un d'avisé. Et pourtant, ici encore, le problème peut se poser de savoir si une méprise particulièrement grossière, semblable à une faute lourde, ne doit pas être assimilée à la mauvaise foi, quant à ses effets.

Quoi qu'il en soit, on voit que ces deux problèmes d'appréciation — celui de l'apparence proprement dite et celui de la bonne foi — présentent une analogie quant à leur objet. Si les deux vocables semblent suggérer des solutions opposées, il n'en reste pas moins que, dans l'un et l'autre cas, il s'agit des effets d'une croyance erronée, soit que celle-ci doive être envisagée subjectivement ou au contraire par référence à la psychologie commune. Dans cette mesure, il ne paraît pas illogique de réunir l'étude de ces deux notions (1).

218. — On préférera, en revanche, envisager à part d'autres hypothèses où le droit prend en considération l'erreur humaine. On veut parler des cas où cette erreur est invoquée comme vice du consentement, pour faire annuler un acte juridique. Ici encore on peut hésiter entre une appréciation subjective et une appréciation abstraite. Mais la question se rattache alors à celle, plus générale, de la protection du consentement, qui inclut également l'appréciation du vice de violence. On observera, d'ailleurs, que ce problème des vices du consentement entretient des liens assez étroits avec la théorie des incapacités protectrices; celles-ci, toutefois, ne seront envisagées que de façon incidente car la loi, en ce qui les concerne, règle sans contestation possible la part de l'abstrait et du concret.

219. — Ces remarques préliminaires, jointes au souci de suivre autant que possible les catégories juridiques positives, conduisent donc à organiser la matière du présent titre selon une division bipartite. On examinera d'abord (chapitre 1^{er}) *l'appréciation de l'apparence* (en prenant ce mot dans un sens large, incluant cette apparence subjective qui constitue la bonne foi); on traitera ensuite de *l'appréciation des vices du consentement* (chapitre II).

(1) On se rappellera la formule de DEMOGUE (Traité des obligations en général, t. I, n° 218) décrivant l'apparence comme une « sorte de bonne foi collective ». Voir également VOUIN: La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français, thèse Bordeaux 1939, n°s 239 et s., p. 444 et s.

CHAPITRE I^{er}

L'appréciation de l'apparence

220. — Ceux qui ont cru à l'existence d'une situation juridique contraire à la réalité peuvent parfois bénéficier des effets qu'aurait produits cette situation si elle avait véritablement existé. Il en est ainsi lorsque le jeu normal des règles juridiques est tempéré par une mesure de faveur liée au critère de la bonne foi ou à celui de l'apparence.

L'apparence, ainsi entendue, s'oppose à la réalité. Mais on n'a pas manqué d'observer (1) que le mot « apparent » est quelquefois employé par la loi dans un sens tout différent. Quand le Code civil parle des « vices apparents » de la chose vendue (art. 1642), il ne désigne pas par là des vices imaginaires. Et cette différence n'est pas seulement verbale, comme on pourrait le croire à première vue : dans cette dernière hypothèse, on peut certes, en modifiant le point de vue, déceler aussi une fausse apparence (du côté du vice caché); mais cette fausse apparence ne tend nullement à substituer ses effets à ceux de la réalité.

Il convient donc, pour étudier l'appréciation de l'apparence, de ne pas confondre les cas où l'on envisage la vraisemblance d'une situation contraire à la réalité et les cas où l'on considère le caractère ostensible (2) ou non de cette réalité même. L'opposition du vraisemblable avec le suspect ou l'invraisemblable doit être distinguée de l'opposition qui existe entre l'ostensible et l'occulte. Pour cette raison, on consacra deux sections successives à ces deux aspects du problème de l'apparence.

(1) Cf. VOIRIN, note au D.P. 1929.2.81; J.C. LAURENT, note au D.P. 1931.1.43.

(2) Cet adjectif nous est suggéré par la note précitée du Doyen VOIRIN (D.P. 1929.2.81). On verra toutefois que (comme le remarque cet auteur) les tribunaux tiennent souvent pour apparents même des vices qui sont loin d'être ostensibles.

Section I

LE VRAISEMBLABLE ET LE SUSPECT

221. — Pour déterminer si celui qui a cru faussement à l'existence d'une situation juridique pourra se prévaloir de certains des effets qu'aurait produits cette situation, le droit civil se réfère selon les cas, ainsi qu'on l'a dit, soit au seul critère de la bonne foi, soit en outre à celui de l'apparence, dans laquelle on a pu voir une « sorte de bonne foi collective » (3).

A première vue, il est manifeste que ces deux notions suggèrent le recours à des modes d'appréciation différents. Mais il n'en résulte pas que le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* se soit trouvé d'emblée entièrement résolu et ne se soit pas posé aux tribunaux. D'une part, en effet, il ne serait pas inconcevable que le bénéfice de la bonne foi fût subordonné à un minimum d'apparence objective. Et d'autre part il faut observer que, souvent, la protection de ceux qui se sont trompés sur une situation juridique est l'œuvre, non de la loi, mais de la jurisprudence : en ce cas les tribunaux ont eu à résoudre la question du mode d'appréciation, du fait même qu'ils devaient choisir la notion utilisée comme critère; au surplus il leur appartenait, dans le cas d'appréciation abstraite, de faire choix d'un type de référence plus ou moins diligent et perspicace.

Tant à l'égard de la bonne foi que de l'apparence proprement dite, il y a donc lieu d'examiner la solution donnée au problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*.

§ 1. — L'APPRÉCIATION DE LA BONNE FOI (4)

222. — Chacun sait que des dispositions légales variées tendent à pallier les effets normaux du défaut de droit, ou des causes de nullité des actes juridiques, au bénéfice de ceux qui ont cru de bonne foi à l'existence d'une situation différente de la réalité (cf., dans le Code civil, les art. 201 et 202, 549 et 550, 555, 1141, 1238, 1240, 1379, 1935, 2009, 2265 et s.). De même, la jurisprudence fait intervenir la notion de bonne foi soit lorsqu'elle applique certaines règles légales instituées dans un souci de sécurité juridique (cf. art. 2279 C. civ.), soit lorsque

(3) DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. I, n° 218.

(4) Voir GORPHE, Le principe de la bonne foi, thèse Paris 1928; VOUIN, La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français, thèse Bordeaux 1939. Pour un tableau des effets civils de la bonne foi, voir l'article de M. BRETON in Revue critique de législation et de jurisprudence 1926, p. 86 et s. Nous n'envisageons ici — en liaison avec la théorie de l'apparence — que la bonne foi entendue comme une croyance erronée, à l'exclusion de la bonne foi synonyme de loyauté (cf. H. CAPITANT, Vocabulaire juridique, v° Bonne foi).

d'elle-même, par une construction prétorienne, elle protège les victimes d'une apparence trompeuse (5).

Dans ce dernier cas, toutefois, on verra que la bonne foi est considérée conjointement avec l'apparence abstraite; dès lors, sous peine de faire double emploi avec celle-ci, elle s'apprécie évidemment *in concreto* (mais alors cette appréciation n'a d'effet que dans le sens de la rigueur). En revanche, lorsqu'il s'agit d'une protection légale expressément ou implicitement réservée à ceux qui sont de bonne foi, le problème se pose de savoir si cette notion doit être appréciée de façon purement concrète, et profiter même à ceux qui sont tombés dans les erreurs les plus grossières.

223. — Si l'on prend l'expression à la lettre, il semble certes évident que la bonne foi doit s'apprécier *in concreto* (6). A strictement parler, on n'est pas de mauvaise foi parce qu'on a commis une erreur dans laquelle d'autres personnes ne seraient pas tombées. En ce sens, on peut d'ailleurs tirer un argument supplémentaire de l'article 550 du Code civil qui, à propos de l'acquisition des fruits, dispose que le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont *il* ignore les vices, et qu'il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices *lui* sont connus. Il n'y a donc à considérer, si l'on s'en tient à l'exégèse, que la croyance subjective, indépendamment de toute vraisemblance raisonnable.

Cependant l'examen de certaines décisions de jurisprudence révèle parfois une conception plus nuancée, du moins dans quelques uns des domaines où joue le critère de la bonne foi.

224. — Le principe de l'appréciation *in concreto* n'est guère contesté, à vrai dire, lorsqu'il s'agit de la bonne foi en matière de *mariage putatif* (art. 201 C. civ.) (7). Sur ce point, on voit triompher l'idée simple selon laquelle « la bonne foi est un état psychologique qui doit s'apprécier concrètement » (8). On n'a pas manqué d'observer, d'ailleurs, que cette solution était en quelque manière dictée par le Code civil, du fait que celui-ci n'a pas reproduit l'ancienne condition du « juste motif d'erreur », requise par le droit canonique (9).

Une certaine forme d'appréciation abstraite a pourtant trouvé, jadis, quelque crédit auprès de la jurisprudence, dans la mesure où celle-ci hésitait à prendre en considération l'erreur de droit, excluant en ce cas le bénéfice de la bonne foi par le jeu de la règle selon laquelle

(5) Voir *infra* nos 232 et 239.

(6) Bien entendu, nous supposons résolues toutes difficultés de preuve. Mais il va de soi que la présomption de bonne foi (cf. art. 2268 C. civ.) et les présomptions de fait qui la confirment ou la font écarter peuvent parfois conduire le juge à méconnaître la véritable réalité psychologique.

(7) Voir sur cette question : VOUIN, thèse précitée, nos 140 et s., p. 271 et s.

(8) CARBONNIER, Droit civil, t. I, n° 124. Dans le même sens : PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. II par ROUAST, n° 317.

(9) Cf. notamment VOUIN, thèse précitée, n° 144, spécialement p. 279; LALOU, La gamme des fautes, D.H. 1940, chron. p. 17 et s., spécialement p. 20.

nul n'est censé ignorer la loi. Mais cette restriction ayant été abandonnée (10), rien ne s'oppose plus aujourd'hui à une appréciation purement subjective. Quelles que soient la nature et la gravité de l'erreur commise, il est constant que la bonne foi s'apprécie toujours *in concreto* en matière de mariage putatif. D'une part, les tribunaux retiennent même des erreurs grossières (11); d'autre part, pour discerner en fait la réalité de l'erreur, ils relèvent toutes sortes de données personnelles, notamment « la position sociale, le degré d'intelligence et d'instruction » (12), l'âge ou la religion (13) des parties. En ce domaine, selon la formule de M. Vouin, « notre jurisprudence se contente de la bonne foi la plus candide » (14).

225. — On admettra assez facilement que la même conception concrète et subjective doit prévaloir à propos de l'*acquisition des fruits* par le possesseur de bonne foi (art. 549 C. civ.). Selon la formule d'un arrêt ancien, mais qui mérite d'être cité comme particulièrement explicite, la bonne foi, en cette matière, « doit être admise toutes les fois que le possesseur s'est considéré comme propriétaire; il importe peu que le titre soit annulé par suite d'un vice facile à découvrir ou toute autre cause que le possesseur eût pu aisément reconnaître » (15). Mais cet arrêt fondait une telle appréciation concrète sur la « nature spéciale » de la bonne foi requise en l'occurrence, c'est-à-dire sur « les conséquences rigoureuses d'une restitution des fruits accumulés pendant de longues années ». C'était laisser entendre, *a contrario*, qu'en d'autres domaines une appréciation moins subjective n'était pas nécessairement exclue.

226. — Effectivement on peut hésiter davantage dans certains cas où les effets de la bonne foi causent un plus grand tort à autrui. L'ignorance gravement fautive n'est-elle pas, alors, exclusive d'une suffisante bonne foi? On l'a soutenu, à propos de l'*usucapion abrégée*

(10) Voir Paris 14 mars 1889, D.P. 1890.2.88; Civ. 30 juillet 1900, S. 1902.1.225 et note WAHL; Civ. 5 janvier 1910, S. 1912.1.249 et note NAQUET; Nîmes 27 octobre 1919, S. 1922.2.33 et note CUQ; Paris 17 février 1961, J.C.P. 1961.II.12020, concl. NEPVEU et note R. B.

(11) Voir par exemple Bordeaux 16 juin 1937, D.H. 1937.529, S. 1938.2.62. Voir également Civ. 1^{re} sect. 8 janvier 1963 (D. 1963.341 et note Ph. M.), qui approuve les juges d'appel d'avoir analysé la bonne foi comme une notion « essentiellement subjective, variable d'un individu à l'autre » (Paris 16 décembre 1959, D. 1961.239 et note CORNU, J.C.P. 1960.II.11460 et concl. COMBALDIEU).

(12) Metz 7 février 1854, D.P. 1854.2.217 (« simples campagnards, d'une intelligence peu développée »); voir dans le même sens Nîmes 17 juin 1929, D.H. 1929.501, S. 1929.2.129 et note SOLUS (milieu social, éducation). Cf. concl. NEPVEU sous Paris 17 février 1961, précité.

(13) Civ. 5 janvier 1910, S. 1912.1.249 et note NAQUET.

(14) Thèse précitée, n° 150, p. 286.

(15) Paris 10 janvier 1863, D.P. 1863.2.110.

de 10 à 20 ans (art. 2265 C. civ.) (16). Mais c'est surtout relativement à l'acquisition des meubles par la possession (art. 2279 C. civ.) que la jurisprudence paraît peu encline à réduire la bonne foi au seul fait psychologique concret (17).

Ainsi il a été jugé que les acquéreurs d'objets mobiliers, *a non domino*, ne peuvent être traités comme de bonne foi « qu'autant qu'aucune circonstance n'a été de nature à éveiller leurs soupçons sur la légitimité de la possession de la personne qui leur a livré lesdits objets » (18), et qu'ils doivent être considérés comme de mauvaise foi s'ils n'ont pas pris les précautions élémentaires que leur dictaient les circonstances. Par application de cette idée, le jeu de l'article 2279 a été écarté, par exemple, dans le cas d'un banquier qui, sans précautions suffisantes, avait acheté un bijou de prix à un aventurier qui n'en était que dépositaire (19).

On pourrait soutenir, il est vrai, que cette exclusion du bénéfice de la bonne foi, par l'intervention d'une norme de diligence, ne suppose pas nécessairement qu'une telle norme se détermine *in abstracto*. Dans de tels cas, les circonstances peuvent en effet faire présumer une incurie véritablement coupable, constitutive d'une faute *in concreto*. Cependant il semble plus vraisemblable que l'on se trouve en présence d'une simple application du principe selon lequel la faute lourde est équipollente au dol. La bonne foi ne paraît pas pouvoir être invoquée, en ce domaine, lorsqu'un homme tant soit peu avisé aurait conçu des soupçons et se serait rendu compte de la nécessité d'une vérification.

227. — S'il en est ainsi, il faut admettre que la règle selon laquelle la bonne foi s'apprécie *in concreto* n'est pas absolue, mais que son application dépend en quelque manière de l'importance des intérêts en jeu. Quand les conséquences de la nullité d'un acte ou de la résolution d'un droit sont très lourdes, et que la faveur faite à la bonne foi lèse moins gravement le droit d'autrui, la bonne foi s'apprécie de façon purement concrète et subjective (ainsi pour le mariage putatif et pour la restitution des fruits). Au contraire, lorsque la faveur légale atteint plus gravement le droit de la partie adverse, il paraît juste de refuser le bénéfice de cette faveur à ceux qui, même subjectivement de bonne foi, ont commis une erreur grossière (ainsi pour l'acquisition de la propriété grâce à la bonne foi). Dans ces derniers cas, à vrai dire, — spécialement pour l'application de l'article 2279 — on passe d'une appréciation de la seule bonne foi à une appréciation qui se réfère

(16) Cf. VOIRIN, Cours de droit civil français de Ch. BEUDANT, 2^e éd., t. IV, n^o 766; et note sous Nancy 17 juillet 1931, Rec. Cours Dijon et Nancy 1931.242. *Contra* : VOUIN, thèse précitée, n^o 170, spécialement p. 314; LALOU, chronique précitée, D.H. 1940, chron., spécialement p. 21.

(17) L'article 2279, il est vrai, ne se réfère pas expressément à la bonne foi, qui n'est mentionnée que dans l'article 1141.

(18) Req. 3 mars 1896, D.P. 1897.1.495; Paris 17 mars 1954, J.C.P. 1954.IV.92, D. 1954 somm. 60. Il y a là plus que la simple idée selon laquelle le doute est exclusif de la bonne foi.

(19) Paris 17 mars 1954, précité.

en outre, dans une certaine mesure, à la notion abstraite d'apparence (20).

§ 2. — LE RECOURS A LA THÉORIE DE L'APPARENCE (21)

228. — Lorsqu'il entend protéger ceux qui ont eu une vision inexacte de la réalité juridique — en faisant produire effet à cette croyance erronée —, le Code civil recourt de préférence au critère de la bonne foi (22). Et si parfois il songe à pallier les inconvénients qui résulteraient du caractère subjectif de cette notion, il utilise à l'occasion un critère purement matériel, ne requérant aucune appréciation psychologique (ainsi la possession de la créance, art. 1240; le juste titre, art. 2265 (23)). Il s'ensuit que le problème du mode d'appréciation s'est surtout posé — hors les cas où la loi parle expressément de bonne foi — lorsque les tribunaux, en l'absence de texte, ont jugé nécessaire de protéger ceux qui avaient cru faussement à l'existence d'une situation juridique (24).

Or, dans ces cas, c'est toujours la notion d'apparence proprement dite — c'est-à-dire entendue abstraitement — qui a été retenue comme critère. Qu'il s'agisse de l'héritier apparent, du mandataire apparent, de la capacité apparente, etc..., le terme même qui est utilisé, et la manière dont l'explicitent les arrêts, témoignent du recours à l'appréciation *in abstracto*. Mais cette appréciation se présente de façon différente selon les cas. Parfois, en effet, elle se traduit par le recours au critère de l'erreur commune, voire invincible; parfois, au contraire, une erreur simplement légitime peut être prise en considération (25).

(20) Cf. VOIRIN, *in* BEUDANT, 2^e éd., t. IV, n^{os} 733 et 734.

(21) Voir RENAULT, Des actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit, thèse Bordeaux 1917; IONESCO, Les effets juridiques de l'apparence en droit privé, thèse Strasbourg 1928; LAURENT, L'apparence dans le domaine des qualifications juridiques, thèse Caen 1931; GIRAUD, L'apparence, source de responsabilité, thèse Paris 1937; VOUIN, La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français, thèse Bordeaux 1939, spécialement n^{os} 196 et s., p. 361 et s.; BARBIER, L'apparence en droit civil et en droit fiscal, thèse Paris 1945; CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, 1961. H. MAZEAUD, La maxime « *Error communis facit jus* », *Rev. trim. droit civil* 1924, p. 929 et s.; J. DONNEDIEU DE VABRES, Les actes de l'héritier apparent, *Rev. trim. droit civil* 1940-41, p. 385 et s.; LÉAUTÉ, Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence, *Rev. trim. droit civil* 1947, p. 288 et s.; LESCOT, Le mandat apparent, *J.C.P.* 1964.I.1826.

(22) En revanche des lois plus récentes, inspirées par les principes dégagés par la jurisprudence, recourent parfois au critère de l'apparence. Cf. notamment art. 26 al. 2 du Code de la Nationalité.

(23) Voir également, pour le jeu d'un critère objectif, les art. 39 et 42 du Code de la Nationalité.

(24) Nous envisageons ici la théorie de l'apparence comme destinée à protéger ceux qui ont été induits en erreur. On sait pourtant qu'une analyse toute différente a également été proposée, pour rendre compte de cette théorie. Selon M. le Doyen CARBONNIER (note sous Angers 14 avril 1948, D. 1948.462), l'héritier ou le propriétaire apparent verrait ses actes validés au même titre que ceux d'un gérant d'affaire.

(25) Sur cette opposition, voir CALAIS-AULOY, note au D. 1964, jurispr., p. 307.

1^o L'apparence comme principe d'une erreur commune

229. — On sait que la jurisprudence, lorsqu'elle protège ceux qui ont traité avec un propriétaire — et spécialement un héritier — putatif, lequel a été évincé par la suite, se réfère aux notions de « propriétaire apparent », d'« héritier apparent » (26). Or presque tous les arrêts rendus en ce sens subordonnent l'apparence à l'existence d'une « erreur commune » (27). La même notion peut être utilisée, d'ailleurs, pour valider des actes juridiques entachés des nullités les plus diverses (par exemple à la suite de l'incompétence d'un officier public (28)). Ce sont autant d'applications de la maxime traditionnelle « *error communis facit jus* » (29).

230. — Il va de soi que le recours à ce critère de l'erreur commune implique une appréciation *in abstracto*. Mais celle-ci ne s'opère pas par simple comparaison avec le type de référence (homme avisé, ou bon père de famille) utilisé dans le droit de la responsabilité.

Pour expliciter la notion d'erreur commune, en effet, la jurisprudence énonce, par exemple, que l'héritier apparent est « celui qui est regardé *par tous* comme le successeur du défunt » (30); ou elle définit l'erreur commune comme la « croyance, que *tout le monde* avait, que l'héritier apparent était l'héritier véritable » (31). Bien entendu, ces dernières formules ne doivent pas être prises au pied de la lettre, car d'une part il n'y a jamais qu'un nombre limité de gens qui aient une opinion sur une situation juridique particulière (32), et d'autre part la connaissance existant chez quelques personnes spé-

(26) Sur l'héritier apparent, voir spécialement l'article précité de M. J. DONNEDIEU DE VABRES, Rev. trim. droit civil 1940-41, p. 385 et s.

(27) Jurisprudence constante en ce qui concerne l'héritier apparent : voir Civ. 26 février 1867, D.P. 1867.1.75; Req. 4 août 1875, D.P. 1876.1.123; Req. 3 juillet 1877, D.P. 1877.1.429; Civ. 13 mai 1879, D.P. 1879.1.417; Req. 4 août 1885, D.P. 1886.1.310 S. 1886.1.120; Civ. 26 janvier 1897 (2 arrêts), D.P. 1900.1.33 et note SARRUT, S. 1897.1.313; Req. 6 janvier 1930, D.P. 1931.1.43 et note J.-C. LAURENT; Req. 20 mai 1935 (motifs), D.P. 1935.1.97, rapport PILON et note CAPITANT; Req. 14 octobre 1940, D.H. 1940.164; Angers 14 avril 1948, D. 1948.462 et note CARBONNIER, J.C.P. 1948.II.4382 et note VOIRIN. Pour le propriétaire apparent, on cite certes un arrêt de la Cour de cassation qui n'a pas recouru explicitement à ce critère de l'erreur commune (Req. 12 février 1941, S. 1941.1.68); mais plus récemment celle-ci est à nouveau mentionnée (Req. 19 mars 1946, J.C.P. 1946.II.3125 et note BECQUÉ; Civ. 1^{re} sect. 3 avril 1963, D. 1964.306 et note CALAIS-AULOY, J.C.P. 1964.II.13502 et note Jean MAZEAUD).

(28) Cf. conclusions BARBIER, sur Civ. 7 août 1883, D.P. 1884.1.5 et note DUCROCQ (incompétence de l'officier de l'état-civil, dans l'affaire célèbre dite « des mariages de Montrouge »).

(29) Cf. H. MAZEAUD, La maxime « *Error communis facit jus* », Rev. trim. droit civil 1924, p. 929 et s.

(30) Civ. 26 janvier 1897 (2 arrêts), D.P. 1900.1.33 et note SARRUT, S. 1897.1.313.

(31) Req. 14 octobre 1940, D.H. 1940.164. Voir encore (à propos du propriétaire apparent) Civ. 1^{re} sect. 3 avril 1963, précité : cause de nullité « ignorée de tous ».

(32) Cf. Trib. civ. Ambert 29 juin 1954, Gaz. Pal. 1954.2.192, qui à propos de l'erreur commune (sur le terrain, différent, de la responsabilité civile) se réfère à « l'opinion des gens de l'endroit ».

cialement informées n'empêche pas une erreur d'être commune (33). Mais il demeure que le recours à l'opinion de tous est très différent de la référence à l'opinion d'un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances que celui qui est tombé dans l'erreur (34).

231. — En se fondant sur un certain nombre d'arrêts qui ont exigé que l'erreur commune fût « invincible » (35), on a donc soutenu qu'il fallait prendre ici, comme type de comparaison, un « homme très diligent » ou un « excellent *pater familias* » (36). Il ne nous semble pas, pourtant, que ce soit en ce sens qu'il faille s'orienter, pour définir le particularisme de l'appréciation *in abstracto* pratiquée en ce domaine.

Quand tout le monde, en effet, tient un individu pour légitime héritier ou vrai propriétaire, il n'est pas concevable qu'un homme raisonnable, traitant avec celui-ci, s'ingénie à déployer un soin extraordinaire pour vérifier si cette apparence ne serait pas, par hasard, contraire à la réalité (37). L'utilité de l'erreur commune, c'est précisément de dispenser chacun, dans une telle conjoncture, de se plonger dans des recherches approfondies. L'*exactissima diligentia* ne serait alors que le fait d'un homme scrupuleux à l'excès et, partant, peu raisonnable.

Pour pouvoir dire si une erreur est « commune », il ne faut donc pas — le mot même l'indique — considérer l'opinion d'un individu abstrait, de quelque manière qu'on le définisse, mais la croyance existant dans le groupe de ceux qui ont une opinion sur le point considéré.

Cela étant, il faut assurément que celui qui invoque l'erreur commune se soit comporté en homme raisonnable. Mais d'une part c'est là une condition supplémentaire, distincte de celle qui est impliquée dans la notion d'erreur « commune ». Et d'autre part il ne saurait être question d'un soin méticuleux, poussé jusqu'aux limites du possible : c'est avec une grande sagesse que la Cour de cassation a

(33) Cf. H. MAZEAUD, article précité, p. 936 et 937.

(34) Pour le recours au critère de l'homme raisonnable, afin de déterminer si l'erreur est commune, v. cependant F. DERRIDA, in Répertoire DALLOZ de Droit civil, v^o Apparence, n^o 50.

(35) Cf. Req. 3 juillet 1877, D.P. 1877.1.429; Civ. 26 janvier 1897 (2 arrêts), D.P. 1900.1.33 et note SARRUT, S. 1897.1.313; voir également Angers 14 avril 1948 (D. 1948.462 et note CARBONNIER, J.C.P. 1948.II.4382 et note VOIRIN) et les motifs des juges du fond mentionnés par Req. 19 mars 1946, J.C.P. 1946.II.3125 et note BECQUÉ. Rapp. Montpellier 29 avril 1873, D.P. 1874.1.412 (erreur telle qu'il ait été « impossible de s'en garantir »), Trib. civ. Seine 10 juillet 1905, Gaz. Pal. 1905.2.119 (erreur « telle que les plus prudents et les plus avisés l'aient commise »). Certains arrêts se réfèrent seulement à l'erreur « invincible », sans exiger expressément qu'elle soit « commune » : cf. Req. 14 février 1850, D.P. 1850.1.108 (à propos de l'incapacité d'un témoin instrumentaire), Paris 5 juillet 1960, J.C.P. 1960.II.11887, 2^e espèce (à propos de la nullité d'un mariage).

(36) H. MAZEAUD, article précité, p. 938. Rapp. CALAIS-AULOY (note au D. 1964, jurisp., p. 307 et s., spécialement p. 308, col. 1), selon lequel l'erreur commune est celle « qu'il est impossible d'éviter ou, en tout cas, que la personne la plus avisée n'aurait pas évitée ».

(37) Voir spécialement l'illustration de cette idée dans Civ. 1^{re} sect. 3 avril 1963, D. 1964.306 et note CALAIS-AULOY, J.C.P. 1964.II.13502 et note Jean MAZEAUD.

renoncé (depuis le début de ce siècle) à exiger que l'erreur commune fût en outre « invincible ».

232. — A peine est-il besoin d'ajouter que l'erreur commune ne saurait être invoquée par celui qui, concrètement, connaissait la vérité (38). En présence d'un individu qui était subjectivement de mauvaise foi, il n'y a même pas lieu de se demander si un homme raisonnable, disposant des mêmes éléments d'information, aurait ou non partagé l'erreur commune. Ici comme en matière de responsabilité (39), le standard abstrait ne saurait constituer autre chose qu'un simple minimum, et ne doit jamais être utilisé au bénéfice de ceux qui sont spécialement perspicaces.

233. — On voit ainsi que l'appréciation de l'apparence, dans les cas où la jurisprudence recourt à la notion d'erreur commune, présente certaines similitudes avec l'appréciation de la diligence imposée en matière d'obligations (recours au critère de l'homme avisé, tout en tenant compte des aptitudes particulières). En revanche elle en diffère profondément, dans la mesure où il est, en outre, fait référence à une donnée purement statistique, qui pourra être opposée même à ceux qui se sont conduits de façon honnête et raisonnable (un homme avisé, s'il est mal placé pour s'informer, peut tomber dans une erreur qui n'est nullement commune). Cette différence avec l'appréciation *in abstracto* ordinaire disparaît, au contraire, lorsque la jurisprudence utilise la théorie de l'apparence au bénéfice de ceux qui sont tombés dans une erreur simplement excusable ou, mieux, légitime.

2° L'apparence comme principe d'une erreur légitime

234. — Parfois, en effet, l'apparence est prise en considération de façon abstraite, mais sans qu'une erreur commune soit pourtant requise.

A cet égard, il faut remarquer tout d'abord que l'application du critère de l'erreur commune suppose qu'un certain nombre de personnes sont à même d'avoir une opinion sur une certaine situation juridique. Mais il arrive que tel ne soit pas le cas : si un individu se présente à un autre sous les apparences d'un mandataire dûment qualifié, il ne servirait à rien de se demander si « tout le monde » s'y est ou non trompé : il se peut fort bien que, en dehors de celui qui a traité avec ce mandataire apparent, personne n'ait eu, ni dans un sens ni dans l'autre, la moindre opinion à ce sujet.

En de nombreux cas, en outre, la fausse apparence est l'effet, sinon d'un dol, du moins de la négligence de celui qui, par la suite,

(38) Voir notamment Req. 4 août 1885, D.P. 1886.1.310; Req. 20 mai 1935, D.P. 1935.1.97, rapport PILON et note CAPITANT; Civ. 1^{re} sect. 3 avril 1963, précité (« tiers de bonne foi qui agissent sous l'empire de l'erreur commune »).

(39) Voir *supra* nos 44 et s., 76 et s.

vient attaquer l'acte juridique passé sous l'influence de cette apparence trompeuse. On conçoit aisément que, lorsqu'il en est ainsi, il n'y ait pas lieu de se montrer trop sévère dans l'appréciation de l'apparence (40). Aussi bien la jurisprudence, en des domaines assez variés, manifeste-t-elle un libéralisme indéniable.

235. — Tel est le cas, notamment, en matière de *mandat apparent* (41) et, plus spécialement, lorsque cette notion est invoquée à propos d'un dépassement de mandat (42). Selon la jurisprudence, il suffit alors, pour engager le mandant, que la croyance des tiers ait été « légitime » (43), qu'ils aient pu « légitimement supposer » que le mandataire agissait dans les limites de ses pouvoirs (44). Et cette légitimité est reconnue dès lors « que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs » (45), et qu'il avait « de sérieuses raisons de croire » que ces limites n'étaient pas dépassées (46). On examine donc la manière dont le mandataire s'était présenté, et les justifications qu'il avait fournies : il n'y a là aucune recherche d'une erreur commune, mais seulement appréciation du caractère raisonnable de la croyance alléguée.

236. — De même, lorsque intervient la notion de « *domicile apparent* », les juges n'exigent pas une erreur commune. Ils se contentent de relever les circonstances légitimant l'erreur, pour savoir si la personne qui se prévaut de l'apparence était « suffisamment autorisée à penser » que la partie adverse était domiciliée en tel lieu (47).

237. — Il n'en va pas différemment à propos de l'erreur sur la *capacité*, dans les cas particuliers où une telle erreur peut être prise en considération. Chacun connaît, en droit international privé, l'arrêt *Lizardi*, qui a refusé le bénéfice de la restitution à un Mexicain qui

(40) Sur l'idée de la responsabilité de celui qui a laissé se créer une apparence trompeuse, voir : R. SAVATIER, note sous Req. 20 février 1922, S. 1922.I.201, et *Traité pratique* de PLANIOL et RIPERT, t. XI, 2^e éd., n° 1500; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Mandat et cautionnement*, n° 780; GIRAUD, *L'apparence, source de responsabilité*, thèse Paris 1937. Mais pour la non-exigence d'une faute du mandant, dans le cas de mandat apparent, voir : Ass. plén. civ. 13 décembre 1962, J.C.P. 1963.II.13105 et note ESMEIN, D. 1963.277 et note CALAIS-AULOY.

(41) Sur le mandat apparent, voir spécialement : LÉAUTÉ, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, Rev. trim. droit civil 1947, p. 288 et s.; LESCOT, *Le mandat apparent*, J.C.P. 1964.I.1826.

(42) Hypothèse différente de celle que visent les articles 2008 et 2009 C. civ. (43) Ass. plén. civ. 13 décembre 1962, J.C.P. 1963.II.13105 et note ESMEIN, D. 1963.277 et note CALAIS-AULOY. Rapp., *a contrario* : Lyon 9 octobre 1963, D. 1964.402 et note CALAIS-AULOY.

(44) Req. 21 mars 1910, S. 1913.I.297 et note NAQUET (2^e espèce); Trib. paritaire arr. Avesnes 1^{er} mars 1956 D. 1956 somm.140.

(45) Ass. plén. civ. 13 décembre 1962, précité.

(46) Req. 11 mai 1936, S. 1936.I.223, Sem. jur. 1936, p. 777 (2^e arrêt).

(47) Req. 7 juillet 1885, S. 1886.I.152, D.P. 1887.I.12. Rapp. : Rennes 26 novembre 1895 et Req. 4 août 1896, D.P. 1897.I.605; Req. 26 avril 1921, S. 1921.I.313 et note P. ESMEIN, 2^e espèce; Req. 5 mai 1925, S. 1925.I.316, D.H. 1925.367.

avait passé un contrat en France avec un Français, à l'âge de 23 ans, mais encore mineur d'après son statut personnel. Selon la Cour de cassation (48), « il suffit alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ». Or qu'est-ce à dire, sinon que l'on compare son attitude à celle d'une personne honnête et avisée placée dans les mêmes circonstances ? On retrouve ici l'appréciation *in abstracto*, mais sous sa forme la plus classique.

238. — Même lorsque les tribunaux se réfèrent à la notion d'« erreur invincible », il ne faut d'ailleurs pas se laisser abuser sur le sens de cette formule qui, souvent, ne désigne pas autre chose que l'erreur qui ne serait pas commise par une personne raisonnable. Ainsi la Cour d'appel de Paris (49) a-t-elle récemment admis qu'une tierce personne pouvait se prévaloir d'un *mariage nul*, dès lors que s'imposait à elle « la croyance invincible en l'existence de ce mariage apparent » ; mais que relève l'arrêt pour établir cette croyance « invincible » ? Que la personne en question « n'avait aucune raison de mettre en doute » la validité dudit mariage. Bien qu'il ne soit pas question ici d'erreur commune, on retrouve l'idée, déjà soulignée, selon laquelle il n'y a nullement lieu d'imposer à la victime de l'apparence des recherches allant jusqu'aux extrêmes limites du possible. Quand rien n'éveille les soupçons d'une personne raisonnable, l'erreur est invincible, quand bien même il serait possible de la dissiper par des investigations approfondies.

239. — Ces exemples suffisent à montrer que dans des domaines divers l'appréciation de l'apparence se détache de celle de l'erreur commune pour se ramener simplement à celle d'une erreur légitime. Alors le critère de l'homme avisé reprend son empire exclusif (étant bien entendu d'ailleurs que, comme dans le cas de l'erreur commune, la bonne foi subjective est en outre exigée (50).) Cette appréciation plus libérale triomphe surtout dans les domaines où la théorie de l'apparence joue non pas à l'encontre d'un défaut de droit mais d'un simple défaut de capacité ou (cas du domicile apparent) d'une simple règle de forme. Elle prévaut également lorsque la théorie de l'apparence se justifie partiellement par les idées de responsabilité (51) ou de gestion d'affaire (52) (cas du mandat apparent).

240. — Quoi qu'il en soit — que l'erreur doive être commune ou seulement légitime, c'est-à-dire raisonnable — il est une constante

(48) Req. 16 janvier 1861, D.P. 1861.I.193, S. 1861.I.313.

(49) Paris 5 juillet 1960, J.C.P. 1960.II.11887 et note R. B. (2^e espèce).

(50) Cf. notamment Req. 16 janvier 1861, D.P. 1861.I.193, S. 1861.I.313; Req. 26 janvier 1903, D.P. 1904.I.391; Civ. 9 mai 1904, D.P. 1905.I.258.

(51) Même en l'absence de faute du mandant, on peut penser à une responsabilité du fait d'autrui : cf. LÉAUTÉ, article précité, Rev. trim. droit civil 1947, p. 288 et s.

(52) Cf. CARBONNIER, note précitée sous Angers 14 avril 1948, D. 1948.462.

qui demeure : l'appréciation de l'apparence est, par essence, une appréciation *in abstracto*.

L'opposition essentielle est donc celle des domaines où la seule bonne foi — appréciée en principe *in concreto* — est prise en considération, et des domaines où il est fait appel à la théorie de l'apparence (qui implique appréciation *in abstracto*). Cette opposition s'explique, au premier chef, par le fait que la jurisprudence ne se reconnaît le droit de faire fléchir le jeu normal des règles légales que lorsque cela est commandé par de très impérieuses raisons de sécurité, ce qui n'est pas le cas quand on se trouve en présence d'une simple erreur subjective. Le législateur, au contraire, libre de déroger lui-même aux principes qu'il pose, peut user de bienveillance envers quiconque lui paraît moralement, du point de vue de l'équité, digne de protection. En outre, il faut remarquer que lorsque la seule bonne foi produit effet, il n'en résulte pas, en général, des conséquences aussi graves que celles que peut entraîner, par exemple, la validation des actes accomplis par un propriétaire apparent.

Il est d'ailleurs des cas où le Code civil lui-même se réfère explicitement au critère de l'apparence, suggérant par là-même le recours à l'appréciation *in abstracto*. Il en est ainsi, notamment, à propos des vices apparents ou cachés (53). Mais alors il ne s'agit plus de savoir si une situation juridique fausse présentait ou non l'aspect de la vraisemblance, mais si une réalité était occulte ou suffisamment ostensible.

Section II

L'OSTENSIBLE ET L'OCCULTE (Appréciation des vices cachés)

241. — On sait qu'en matière de vente, d'après les termes mêmes du Code civil, le vendeur est tenu de la garantie « à raison des défauts cachés de la chose vendue » (art. 1641), mais qu'il n'est pas tenu « des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même » (art. 1642). Cette distinction s'applique également, selon la jurispru-

(53) On pourrait être tenté d'évoquer également les servitudes apparentes ou non-apparentes. Mais ici la loi elle-même (art. 689 C. civ) définit l'apparence, par un critère qui est plus matériel que psychologique. Ainsi une servitude de puisage, une servitude de passage sans chemin tracé, doivent être qualifiées « non apparentes », même si les actes par lesquels elles s'exercent sont des plus ostensibles. On s'éloigne alors singulièrement de la notion ordinaire d'apparence. Et il en résulte que le juge, pour préciser le caractère de la servitude, ne peut que se livrer à un examen de la disposition matérielle des lieux. Cet examen, bien évidemment, ne saurait laisser aucune place à l'intervention de données psychologiques subjectives : en ce sens, on pourrait parler d'appréciation *in abstracto* ; mais en réalité, le critère légal étant tout objectif, on est en droit de dire que la question du mode d'appréciation ne se pose même pas en ce domaine.

dence, à propos des autres conventions comportant une garantie des vices, tels le louage de chose (54) ou le contrat d'entreprise (55), bien que le Code civil n'ait pas jugé utile de le préciser expressément (56).

Or, pour déterminer si un vice est apparent ou caché, plusieurs démarches intellectuelles seraient *a priori* concevables.

Tout d'abord on pourrait songer à ne tenir pour apparents que les vices qui sont véritablement « apparus » à l'acheteur ou au créancier, ceux dont il a eu véritablement et concrètement conscience. Tel serait en effet le critère qui s'imposerait si l'on s'en tenait à l'idée selon laquelle les vices apparents ne donnent lieu à aucune garantie parce que l'acceptation de la chose ou la réception du travail manifeste que l'acheteur ou le créancier a pris livraison en connaissance de cause et que sa confiance n'a donc pas été déçue.

Une telle conception choque pourtant, à première vue, car — outre qu'elle sollicite quelque peu le sens du mot « apparent » — elle permettrait à l'acheteur négligent (nous raisonnons, *brevitatis causa*, sur le cas de la vente) de se prévaloir de sa propre faute. Cette considération conduit donc à exiger de l'acquéreur la mise en œuvre d'une certaine diligence. Mais l'introduction d'un tel devoir de diligence repose, d'une autre manière, le problème du mode d'appréciation : faudra-t-il en effet tenir compte des facultés de perception (aptitudes sensorielles, connaissances, discernement) qui sont personnelles à l'acheteur ? Ou devra-t-on prendre en considération les facultés d'un type humain abstrait ? En d'autres termes, tiendra-t-on pour caché le vice que tel acheteur peu doué ne pouvait déceler, même avec du soin, mais qu'un homme avisé normal aurait découvert ?

Mais à vrai dire, aucun de ces deux aspects du problème ne soulève de grande difficulté. En droit positif, il est certain que l'appréciation du caractère « caché » des vices s'opère *in abstracto*, sans avoir égard ni à la conscience qu'en a eue concrètement l'acheteur ou le créancier, ni même aux inaptitudes personnelles qui auraient empêché celui-ci de déceler ces vices.

(54) Req. 7 décembre 1938, D.H. 1939.68; Civ. sect. civ. 10 juin 1949, D. 1949.496.

(55) Cf. Civ. 1^{re} sect. 4 janvier 1958, D. 1958.457 et note RODIÈRE; Paris 20 novembre 1959, D. 1960.198; Civ. 1^{re} sect. 8 novembre 1960, D. 1961 somm. 37; Civ. 1^{re} sect. 29 novembre 1960, D. 1961 somm. 11.

(56) Nous nous en tenons ici au droit civil. Mais on ne saurait ignorer le rôle que joue la notion de vice caché en d'autres domaines, spécialement en droit maritime (cf. la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 et l'art. 4 de la loi du 2 avril 1936). Mais lorsqu'il s'agit ainsi du vice caché du navire, exonérant le transporteur, il faut observer que celui à qui le vice a échappé est envisagé comme le sujet d'une obligation et non plus comme le bénéficiaire d'une protection. Aussi bien la rigueur de l'appréciation *in abstracto* en ce domaine est-elle parfois extrême, au moins pour l'application de la loi de 1936 qui, à la différence de la Convention de 1924, ne définit pas les vices cachés en fonction d'une « diligence raisonnable » (voir par ex., comme particulièrement sévères : Paris 24 octobre 1955, J.C.P. 1956.II.9135 et note de JUGLART; Paris 21 février 1957, J.C.P. 1957.II.10087 et note de JUGLART, maintenu par Civ. sect. comm. 20 février 1962, J.C.P. 1963.II.13043 et note du même auteur).

242. — Il n'est pas contestable en effet, tout d'abord, que le vice apparent n'est pas celui dont l'acheteur ou le créancier a eu véritablement conscience. La jurisprudence impose en cette matière un devoir de diligence, et décide que celui qui a pris livraison sans procéder à un examen attentif ne saurait se prévaloir de vices dont, pour cette raison, il n'a pas eu conscience.

Selon la Cour de cassation, en effet, l'acheteur « ne peut se prévaloir d'un vice de la marchandise qui était apparent et dont il aurait pu se convaincre lui-même s'il avait apporté plus de soin lorsqu'il a agréé la marchandise » (57). Il doit supporter les conséquences de sa négligence (58). Les tribunaux estiment donc « qu'on ne saurait considérer comme défauts cachés ceux que la plus simple vérification pouvait... révéler à l'acheteur » (59); ils refusent le bénéfice de la garantie à celui qui « a eu toutes facilités pour se rendre compte » de l'état de la chose (60) et qui aurait pu prendre conscience des vices en se livrant à des « vérifications faciles », à des « vérifications élémentaires », à un « examen attentif » (61), ou même en prenant des renseignements (62). S'il n'a pas agi de la sorte, l'acheteur « ne peut s'en prendre qu'à lui-même de son défaut de vérification » (63), et il doit « supporter les conséquences d'une erreur qui a sa cause dans sa confiance trop grande et dans son incurie » (64). Nul ne conteste cette nécessité de déployer une certaine diligence; il est donc certain que l'on ne saurait tenir un vice pour caché du seul fait que l'acheteur n'en avait pas pris conscience (65).

243. — Mais, ce point étant acquis, il reste que, même en déployant du soin et en faisant preuve d'attention, tout le monde ne peut pas parvenir au même degré d'information. Faudra-t-il donc, pour déterminer ce qui est apparent ou caché, se référer aux facultés de l'acheteur lui-même ou à celles d'un type humain abstrait? Disons tout de suite que, sur ce second point, les tribunaux n'hésitent pas davantage. C'est à une appréciation abstraite qu'ils se livrent invariablement (66).

(57) Civ. 29 janvier 1929, Gaz. Pal. 1929.1.561.

(58) Req. 18 mars 1924, D.H. 1924.261.

(59) Pau 20 janvier 1875, S. 1875.2.176, D.P. 1876.2.238, maintenu par Req. 1^{er} mars 1876, S. 1876.1.318, D.P. 1877.1.155.

(60) Trib. civ. Nîmes 12 juin 1950, D. 1950.556.

(61) Paris 12 avril 1929, Gaz. Pal. 1929.2.67; Dijon 6 juin 1935, Gaz. Pal. 1935.2.454; Bordeaux 17 janvier 1950 (motifs), D. 1950 somm. 24; Trib. civ. Seine 21 décembre 1956, D. 1957.47, S. 1957.120; Civ. 1^{re} sect. 18 juillet 1958, Bull. civ. 1958, I, n° 393, p. 315; Angers 15 février 1960, Gaz. Pal. 1960.1.289. Rapp. (quoique *a contrario*) : Civ. sect. comm. 19 décembre 1961, D. 1962.240 : « vice caché dont l'acheteur ne pouvait s'apercevoir même par un examen approfondi ».

(62) Trib. civ. Seine 20 mai 1959, D. 1959 somm. 110.

(63) Orléans 24 mai 1883, D.P. 1884.2.148.

(64) Nancy 16 mai 1869, S. 1869.2.179.

(65) A l'inverse, toutefois, il est constant que l'acheteur qui a connu l'existence du vice ne saurait prétendre à garantie.

(66) Voir notamment en ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIX, n° 418.

En effet les juges, en cette matière, recourent d'instinct à des formules générales et impersonnelles, mettant en évidence le caractère apparent ou caché des vices par une description objective. Parfois même, de façon plus précise, ils affirment soit que les qualités intellectuelles de l'acquéreur n'ont pas à être prises en considération (67), soit que le vice apparent est celui qu'aurait découvert « un acheteur diligent et attentif » (68), « un homme de diligence moyenne » (69), « un homme de diligence et d'expérience moyennes » (70), ou encore « tout acheteur sérieux » (71). A propos d'une vente de voiture par exemple, on se référera aux connaissances que possède « tout automobiliste » (72). Si certaines décisions relèvent l'inexpérience ou l'incompétence de l'acheteur — ou en envisagent du moins la possibilité — c'est tantôt pour exclure cette considération par l'idée qu'il est toujours possible d'avoir recours à la compétence d'autrui (73), tantôt parce qu'il s'agit seulement d'une incompétence *normale* chez un non-spécialiste (74).

A ce principe d'appréciation *in abstracto*, il faut en effet apporter le correctif habituel (75) : les aptitudes particulières peuvent parfaitement, à la différence des inaptitudes, être prises en considération. Ainsi, si l'acheteur était un spécialiste, on ne manquera pas d'en tenir compte (76).

(67) Trib. civ. Metz 26 octobre 1956, Gaz. Pal. 1957.2, tables, v^o Vente (en général), n^{os} 46 et s. S'il faut entendre par là les qualités intellectuelles supérieures à la normale, cela nous paraît, à vrai dire, assez discutable : le standard abstrait ne doit jamais autoriser la négligence des plus doués.

(68) Paris 12 avril 1929, Gaz. Pal. 1929.2.67.

(69) Trib. civ. Seine 21 décembre 1956, D. 1957.47, S. 1957.120.

(70) Bordeaux 17 janvier 1950, D. 1950 somm. 24.

(71) Angers 15 février 1960, Gaz. Pal. 1960.1.289.

(72) Même décision.

(73) Bordeaux 10 décembre 1928, D.P. 1929.2.81 et note VOIRIN; Paris 12 avril 1929, Gaz. Pal. 1929.2.67; Trib. civ. Seine 21 décembre 1956, D. 1957.47, S. 1957.120; Rouen 25 février 1959, D. 1959 somm. 74, Gaz. Pal. 1959.1, tables, v^o Vente (en général), n^{os} 33 et s.

(74) Cf. Bourges 27 juin 1893, D.P. 1894.2.573 et (sous Req. 30 juin 1895) S. 1899.1.271 (il était impossible à l'acheteur, « à moins d'avoir des connaissances techniques qui lui font défaut », de se rendre compte du vice); Req. 31 juillet 1905, S. 1907.1.437, D.P. 1908.1.148 (l'acheteur ne pouvait découvrir le vice « par suite de son ignorance en matière de constructions mécaniques et de moteurs à gaz »); Req. 26 décembre 1906, D.P. 1907.1.279, S. 1907.1.438, Gaz. Pal. 1907.1.101 (vice « dont la gravité devait échapper à un acheteur non pourvu de connaissances scientifiques »); Paris 8 janvier 1955, Gaz. Pal. 1955.2, tables, v^o Vente (en général), n^{os} 51 et s. (acheteur non technicien).

(75) Voir *supra*, n^{os} 44 et s., 76 et s., et aussi n^{os} 196 et 197.

(76) Besançon 20 mai 1925, D.H. 1925.523 (marchand de chevaux); Paris 18 mai 1927, D.H. 1927.488 (relève que l'acheteur « était spécialiste en la matière »); Trib. comm. Seine 17 novembre 1928, Gaz. Pal. 1929.1.435 (« professionnel averti »); Civ. 1^{re} section 18 juillet 1958, Bull. civ. 1958, I, n^o 393, p. 315 (acheteur de bestiaux qualifié « homme averti »); Civ. 1^{re} sect. 18 décembre 1962, D. 1963.114 (« hommes de métier », ... « acheteurs professionnels »). L'espèce qui a donné lieu à ce dernier arrêt est particulièrement typique, le même vice ayant été jugé caché pour un cultivateur qui avait acheté un tracteur, et apparent pour les garagistes qui, à leur tour, actionnaient en garantie leur propre vendeur.

244. — Sous cette dernière réserve, l'appréciation de l'apparence, en matière de garantie des vices, s'opère donc *in abstracto*. La jurisprudence ne révèle, quant à ce principe, aucune trace d'hésitation. Si des incertitudes paraissent se manifester, c'est seulement quant à la détermination des diligences que doit déployer un acheteur raisonnable et, par suite, quant au niveau de connaissances par rapport auquel doit s'apprécier l'apparence.

En effet, si l'on part de l'idée qu'il est possible à un acheteur quelconque de recourir aux lumières d'un homme de l'art, et si dans certains cas on lui impose de le faire, le niveau de connaissances à considérer ne va plus être, alors, celui d'un acheteur normal, mais celui du spécialiste susceptible d'être consulté. Il y a, dans un tel système, un dédoublement du type de référence, qui n'est pas absurde en soi mais qui, selon l'observation de M. le Doyen Voirin, « dilue » la notion d'apparence, lui fait perdre de sa « spontanéité » (77).

Or l'examen de la jurisprudence montre que certaines décisions imposent ainsi à l'acheteur le recours à un spécialiste (78), tandis que d'autres, au contraire, tiennent pour caché le vice que seul un homme de l'art aurait découvert (79). Certes ces décisions diverses pourraient se concilier, dans une certaine mesure, en remarquant qu'il est raisonnable de se faire assister d'un spécialiste pour certaines acquisitions particulièrement considérables, mais qu'il ne saurait guère en être question pour des achats de moindre importance. On peut estimer, par exemple, qu'il est sage de prendre conseil d'un architecte pour acheter une maison (80), mais qu'il n'y a pas lieu de recourir aux lumières d'un technicien lorsqu'on achète une bouteille de gaz (81); pour

(77) Note sous Bordeaux 10 décembre 1928, D.P. 1929.2.81.

(78) Bordeaux 10 décembre 1928, précité; Paris 12 avril 1929, Gaz. Pal. 1929.2.67; Trib. civ. Seine 21 décembre 1956, D. 1957.47, S. 1957.120; Rouen 25 février 1959, D. 1959, somm. 74, Gaz. Pal. 1959.1, tables, v^o Vente (en général), n^{os} 33 et s. Pareille tendance peut être supposée, *a contrario*, dans le cas des décisions qui admettent le caractère caché du vice en relevant que même un spécialiste ne l'eût pas (ou pas aisément) découvert (cf. Req. 15 novembre 1927, Sem. Jur. 1928, p. 126, S. 1928.1.52, Gaz. Pal. 1928.1.80; Civ. 1^{re} sect. 31 mars 1954, D. 1954.417; Pau 5 juillet 1955, Gaz. Pal. 1955.2.245; voir également Civ. 1^{re} sect. 4 février 1963, J.C.P. 1963.II.13159 et note SAVATIER). Mais une telle considération peut s'expliquer simplement comme tendant à établir *a fortiori* que l'acheteur ne pouvait déceler lui-même le vice (en ce sens, note au S. 1928.1.53).

(79) Bourges 27 juin 1893, D.P. 1894.2.573; Req. 31 juillet 1905, S. 1907.1.437, D.P. 1908.1.148; Req. 26 décembre 1906, D.P. 1907.1.279, S. 1907.1.438, Gaz. Pal. 1907.1.101; Bordeaux 17 janvier 1950, D. 1950 somm. 24; Civ. sect. comm. 15 décembre 1952, Gaz. Pal. 1953.1, tables, v^o Vente (en général), n^o 29; Paris 8 janvier 1955, Gaz. Pal. 1955.2, tables, *eod. v^o*, n^{os} 51 et s.; Civ. 1^{re} sect. 19 octobre 1955, D. 1956 somm. 32; Trib. civ. Metz 26 octobre 1956, Gaz. Pal. 1957.2, tables, v^o Vente (en général), n^{os} 46 et s.; Trib. civ. Lille 6 mai 1957, *ibid.*, n^{os} 51-52; Douai 5 mai 1958, maintenu par Civ. sect. comm. 24 octobre 1961, Gaz. Pal. 1962.1.49; Civ. 1^{re} sect. 8 juin 1959, Bull. civ. 1959, I, n^o 287, p. 239. Rapp. les arrêts (par ex. Req. 18 mars 1924, D.H. 1924.261) qui tiennent le vice pour apparent en relevant que sa constatation « ne nécessitait pas une compétence spéciale ».

(80) Bordeaux 10 décembre 1928 et Paris 12 avril 1929, précités. Rapp. Civ. 1^{re} sect. 31 mars 1954 et Pau 5 juillet 1955, précités.

(81) Cf. Civ. 1^{re} sect. 19 octobre 1955, précité.

un véhicule d'occasion (automobile, camion, tracteur, etc... (82)), il n'y aurait pas lieu, en principe, de se faire assister d'un mécanicien (83), à moins que l'on ne soit soi-même exceptionnellement peu compétent (84). Toutefois, malgré cette conciliation possible des solutions diverses, on ne peut se défendre de l'impression d'une certaine hésitation jurisprudentielle quant au point de savoir si l'on peut encore appeler « apparent » le vice qu'un homme de l'art pouvait seul déceler.

245. — Mais quoi qu'il en soit, cette hésitation ne concernerait que la détermination du type abstrait de référence dont les connaissances doivent être prises en considération. Il n'y a aucun doute sur le principe même de l'appréciation *in abstracto*, qui interdit à l'acheteur de se prévaloir d'une ignorance ou d'une inintelligence anormales pour faire qualifier « cachés » des vices normalement apparents. L'appréciation s'opère d'après ce qu'aurait constaté (sinon par lui-même, du moins en recourant dans certains cas aux services d'autrui) un homme normal et avisé. Cette solution s'accorde avec le sens usuel des mots « apparent » et « caché », et elle apporte un élément nécessaire de sécurité dans le commerce juridique.

246. — *Conclusion du chapitre.* — Si donc l'on rapproche cette appréciation de l'apparence — touchant une réalité plus ou moins cachée — de celle de la fausse apparence, envisagée dans la première section, on observe que d'une façon générale l'abstrait tend à prévaloir sur l'individuel. Certes il est des cas où la loi, se référant expressément à la bonne foi, rend très difficile une appréciation abstraite (ce critère subjectif ne triomphe pleinement, à vrai dire, que dans des cas où il n'en résulte pas pour autrui un tort considérable). Mais il est visible que les juges — soit que la loi le leur suggère par l'emploi du mot « apparent », soit qu'eux-mêmes recourent *proprio motu* au critère de l'apparence — sont sensibles à l'insécurité que risquerait d'apporter, dans les relations juridiques, une appréciation s'attachant à la seule croyance ou perception subjective.

La constatation de cette prédominance de l'appréciation *in abstracto*, dans le domaine de la connaissance ou de l'apparence, confirme ainsi la réserve, formulée initialement sous forme conjecturale (85), selon laquelle la protection juridique ne peut, sans risque d'insécurité, être inconditionnelle au point de se modeler en toute hypothèse sur les singularités personnelles. Pour mériter la protection du droit, notamment, on comprend fort bien que celui qui n'en est encore que le béné-

(82) On sait que la garantie des vices joue même en ce cas. Cf. H. ROLAND, Observations sur la vente des véhicules d'occasion, D. 1959 chron. p. 161 et s.

(83) Cf. Bordeaux 17 janvier 1950, Paris 8 janvier 1955, Trib. civ. Lille 6 mai 1957, Douai 5 mai 1958, précités.

(84) Trib. civ. Seine 21 décembre 1956, Rouen 25 février 1959, précités.

(85) Voir *supra*, Introduction, n° 11.

ficiaire virtuel soit soumis à certaines conditions ou exigences, qu'il doive se comporter normalement et raisonnablement.

247. — Mais est-ce à dire que l'accès à une protection juridique doive toujours être subordonné à l'observation d'une norme abstraite ? Il serait excessif de le prétendre. S'il en est ainsi à propos de l'apparence, c'est, en outre, parce qu'en ce domaine la protection juridique constitue en quelque manière une *faveur*, un correctif à ce que conduirait à admettre la rigueur des principes premiers.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les principes juridiques s'enchaînent selon une dialectique de thèses et d'antithèses successives ; les uns interviennent d'abord pour faire régner l'ordre dans ce qui, sans eux, ne serait qu'un chaos anarchique ; puis d'autres règles interviennent pour corriger ce que les premiers principes pourraient avoir eux-mêmes de dangereux ou d'injuste (ces correctifs pouvant à leur tour appeler d'autres correctifs, et ainsi de suite). Or dans cette dialectique, les règles qui mettent en jeu le critère de l'apparence sont des règles correctives ou, si l'on veut, secondaires. Selon les principes de base, il serait logique de sacrifier purement et simplement ceux qui ont traité avec le titulaire apparent d'un droit. Il serait également logique, dès lors qu'une vente s'est valablement formée, de laisser l'acheteur supporter l'inconvénient des vices de la chose vendue. Si ceux qui se trouvent dans de telles situations ont vocation à être protégés, c'est en vertu de règles secondaires qui viennent corriger ce que l'application des principes premiers aurait de dangereux pour la sécurité juridique. Mais, bien entendu, de telles règles correctives ont elles-mêmes leurs inconvénients, si l'on se place au point de vue de ceux à qui elles sont opposées ; si donc l'utilité sociale conduit à les admettre, encore faut-il les subordonner à une certaine norme et veiller à ce que, à leur tour, elles n'engendrent pas l'insécurité. Quand on déroge à des principes pour protéger certains intérêts, il est légitime que l'on veille à maintenir cette protection dans des limites modérées et que l'on soit donc particulièrement soucieux de ne pas substituer une insécurité à une autre, ce qui risquerait de se produire si l'on recourait systématiquement à l'appréciation *in concreto*.

Les données du problème seraient très différentes, en revanche, s'il s'agissait d'accorder une protection juridique qui, loin de déroger aux principes premiers régissant la matière, viendrait au contraire permettre l'application de ces principes. Pour le comprendre, il suffit de songer à la protection qui est accordée à ceux dont le consentement a été vicié : ici la protection n'a plus rien d'une *faveur*. Elle découle directement du principe de l'autonomie de la volonté (principe de base, qui se réfère à une donnée subjective). Assurément les intérêts d'autres personnes risquent encore, en ce cas, de se trouver menacés, et l'appréciation *in concreto* va également être un facteur d'insécurité. Mais les intérêts ainsi menacés, quoique ne devant pas être systématiquement ignorés, pèseront alors moins lourd dans la balance, du fait

qu'ils se présentent en position défensive, que ce sont eux qui, cette fois, demandent qu'il soit dérogé aux principes.

Si l'on accorde quelque crédit à ces remarques très générales, on s'attendra donc à trouver un contraste entre l'appréciation de l'apparence et celle des vices du consentement, laquelle devrait au contraire s'opérer *in concreto*. L'examen du droit positif, dans ce dernier domaine, confirme-t-il une telle hypothèse? C'est ce que l'on s'efforcera de rechercher dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

L'appréciation des vices du consentement

248. — Pour tenir compte de l'influence que peuvent exercer certaines particularités humaines (âge, état mental pathologique ou caractériel) sur l'aptitude à faire des actes juridiques de façon libre et éclairée, la loi a d'abord institué des *incapacités* protectrices. Concernant des catégories particulières d'individus, qui ne sont pas toujours reconnaissables à première vue, ces institutions peuvent assurément créer, pour ceux qui traitent avec les incapables, une certaine insécurité. Toutefois cet inconvénient inévitable est compensé par le fait que les catégories légales sont suffisamment générales, connues et caractérisées. Dans le cas de la minorité, on peut même dire que le législateur, pour fixer un seuil uniforme, s'est lui-même livré à une appréciation *in abstracto* (encore qu'ayant trait à un groupe restreint). Pour les incapacités requérant constatation judiciaire, l'appréciation est sans doute concrète lorsque le juge prononce l'incapacité; mais l'abstrait prévaut ensuite sur le concret, dans la mesure où l'état mental est censé invariable : alors, pas plus que dans le cas du mineur, le juge n'a plus à se livrer à aucune appréciation, et les tiers, à condition de s'informer suffisamment, peuvent savoir à quoi s'en tenir. Ainsi la suppression préventive de toute contestation, dont il est banal d'observer qu'elle justifie le recours à l'abstrait, présente également un avantage en quelque sorte inverse : elle rend tolérable aux tiers l'institution d'un statut particulier.

249. — Les singularités individuelles, en revanche, offrent un caractère plus inattendu et plus dangereux lorsqu'elles interviennent occasionnellement dans le jeu de règles qui, tendant à protéger le consentement contre des circonstances externes, sont édictées unifor-

mément au bénéfice de tous. Tel est le cas des dispositions légales relatives aux *vices du consentement* (1).

Pour appliquer ces dispositions, le juge doit évidemment se livrer à une appréciation. Celle-ci doit-elle s'opérer *in abstracto* ou *in concreto*? En d'autres termes, peut-il y avoir vice du consentement quand les circonstances qui ont pesé sur la volonté d'une personne n'auraient pas infléchi celle d'une autre personne placée dans la même situation? Tel est le problème précis qu'il convient d'examiner.

D'un certain point de vue, sans doute, ce problème peut au premier abord sembler artificiel. S'il ne s'agissait que de protéger le consentement, en effet, il ne fait pas de doute que l'appréciation *in abstracto* serait arbitraire et incompréhensible. C'est la volonté d'une personne déterminée que l'on prétend viciée : comment, dès lors, considérer autre chose que la psychologie individuelle de cette personne?

Le problème n'est pourtant pas une simple survivance historique, héritage d'une conception dépassée des vices du consentement. On comprend aisément les dangers que peuvent faire courir à la sécurité juridique, en ce domaine comme en d'autres, des solutions purement subjectives. Dès le début de cette étude, nous posions la question : faut-il permettre à des contractants, sous prétexte que leur courage est faible ou leur intelligence médiocre, d'invoquer comme vices du consentement des craintes dérisoires ou des erreurs grossières? En poussant ainsi les choses à l'extrême, on voit clairement l'utilité que pourrait présenter en cette matière l'introduction d'une norme abstraite.

250. — Le problème du mode d'appréciation doit donc, ici encore, être posé. Mais il faut prendre garde que les données n'en sont pas nécessairement identiques selon que l'on envisage l'un ou l'autre des vices du consentement. Suivant que c'est l'erreur spontanée qui est invoquée, ou le dol, ou la violence, les intérêts des parties en présence ne méritent pas toujours d'être considérés avec une égale faveur, et les textes légaux ne se présentent pas exactement sous la même forme. Il convient donc d'examiner séparément, au point de vue qui nous occupe, ces différents vices de la volonté (2).

(1) Il n'y a pas lieu de s'arrêter ici, semble-t-il, au cas où c'est l'absence de consentement qui est invoquée. On voit difficilement, en effet, comment l'existence même du consentement (réserve faite du jeu de l'art. 504 C. civ.) pourrait s'apprécier *in abstracto* (sur l'influence de l'état physique, notamment, voir la note du Président J.-Ch. LAURENT sous Civ. 1^{re} sect. 17 octobre 1955, J.C.P. 1956.II.9226). Pourtant, dans le cas de l'ivresse, le problème a été envisagé en jurisprudence, et a été d'ailleurs résolu *in concreto* : cf. Rouen 17 juin 1845, D.P. 1845.4.366, S. 1846.2.555 : « Attendu que l'action des liqueurs fortes dépend du tempérament de celui qui les boit; que la quantité qui suffirait à faire perdre la raison à tel individu, n'agit que faiblement sur tel autre; qu'ainsi, il ne suffit pas de prouver que G... avait fait, ce jour-là, un usage immodéré de liqueurs fortes, mais encore qu'il était tombé dans un état complet d'insanité d'esprit... ».

(2) De cet examen, on pourrait être tenté de rapprocher le conflit des conceptions objective et subjective en matière de lésion. Mais cette question, en vérité, est étrangère au problème ici étudié. La conception objective de la lésion, en effet, ne conduit nullement à apprécier des vices du consentement *in abstracto* : en réalité elle laisse complètement à l'écart la notion même de vice du consentement.

Section I

L'APPRÉCIATION DE L'ERREUR

251. — L'erreur (cf. art. 180, 1109, 1110, 2053 C. civ.) soulève, quant à son mode d'appréciation, deux questions bien distinctes.

D'une part, l'erreur peut-elle être prise en considération (toutes conditions légales étant supposées réunies) lorsque les circonstances qui ont abusé le sujet en cause n'auraient pas induit en erreur une autre personne placée dans la même situation ?

D'autre part, y a-t-il lieu, pour apprécier les caractères de l'erreur (caractère substantiel ou caractère déterminant), de se référer aux dispositions subjectives du contractant ou de l'auteur de l'acte, ou bien de raisonner en fonction de la psychologie commune ?

Ces deux questions doivent être envisagées successivement.

§ 1. — ERREUR SINGULIÈRE ET ERREUR NORMALE

252. — L'erreur commise par une personne peut-elle, comme vice du consentement, entraîner la nullité d'un acte juridique, dans le cas où il est constant que cette erreur n'aurait pas été commise par une autre personne placée dans la même situation ? Selon que l'on répond affirmativement ou négativement à cette question, on peut dire, d'une façon approximative mais commode (3), que l'on apprécie l'existence de l'erreur *in concreto* ou *in abstracto*.

Posé sous cette forme, le problème semble relativement simple. Mais en réalité il est plus complexe qu'il ne le paraît au premier abord, car l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* peuvent l'une et l'autre revêtir différentes formes.

253. — Si l'on apprécie l'erreur *in abstracto*, en effet, il est clair que plusieurs types de référence sont concevables. Faut-il se demander si un homme avisé serait tombé dans l'erreur ? Une telle solution peut paraître bien rigoureuse et bien peu protectrice. Ou faut-il juger l'erreur inopposable seulement dans le cas où elle est particulièrement grossière, et assimilable en somme à une faute lourde ? Cette seconde conception paraît plus mesurée, plus conforme aux nécessités de la

(3) Il est incontestable qu'il y a erreur, par définition, dès lors que quelqu'un se trompe, quand bien même n'importe qui d'autre, dans la même conjoncture, aurait perçu la vérité. A strictement parler, par conséquent, la question du caractère normal ou excusable de l'erreur se rapporte moins à l'appréciation de celle-ci qu'à la détermination des conditions qui la rendent juridiquement opposable. Mais cette réserve n'a pas de portée pratique, et ce serait un abus de logique que d'en tirer argument pour prétendre que la question étudiée ici ne se rattache pas au problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*.

protection du consentement; mais elle aboutit déjà à créer un hiatus avec l'appréciation qui prévaut dans le droit de la responsabilité : ce qui est faute dans un domaine ne devient-il pas ainsi, dans un autre domaine, un titre à la protection du droit?

254. — Cette dissonance apparaît aussi, et de toute manière, si l'on apprécie l'erreur *in concreto*. Mais là encore il est permis d'hésiter entre deux systèmes d'appréciation. On peut en effet s'en tenir purement et simplement à la considération du fait psychologique subjectif : le sujet s'est-il ou ne s'est-il pas trompé? Mais on peut aussi, comme dans l'hypothèse de l'appréciation *in abstracto*, soumettre l'opposabilité de l'erreur à une norme; seulement cette norme va alors se déterminer *in concreto* : on se demandera si le sujet, compte tenu de ses possibilités concrètes, de ses inaptitudes personnelles, pouvait se prémunir contre l'erreur; et l'on n'admettra celle-ci que dans la négative, c'est-à-dire si subjectivement il n'y a pas eu négligence.

255. — Telles étant les données du problème, la première constatation qui s'impose, à l'examen de la jurisprudence, c'est que l'erreur n'est pas nécessairement opposable par cela seul que le sujet s'est trompé. Dans le domaine contractuel du moins, où la sécurité du commerce juridique est en cause, il est certain qu'il existe une norme de diligence minima, dont l'inobservation exclut le bénéfice de la protection juridique.

On peut déjà pressentir l'existence de ce principe en lisant les motifs des jugements ou arrêts qui, pour admettre l'erreur, ne se bornent pas à en constater la matérialité, mais relèvent que le contractant en cause était « nécessairement fondé à croire » ce qu'il a cru (4), qu'il « ne pouvait déceler » (5) ou que « nul n'aurait pu soupçonner » (6) la circonstance qu'il a ignorée. De même la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une décision ayant prononcé la nullité d'un contrat pour erreur, en relevant que « les juges du fond ont souverainement apprécié qu'en la circonstance il y avait eu de la part de G... une erreur excusable et de telle nature que sans elle il n'aurait pas contracté » (7).

Mais beaucoup plus significatives sont les décisions qui refusent de considérer des erreurs dues à la négligence. Ainsi l'on n'aura pas égard à l'erreur si celui qui l'invoque était « suffisamment averti » par les circonstances et n'a eu une opinion fausse que parce qu'il n'a pas pris garde à un fait « généralement connu » (8). On relèvera que « rien ne lui aurait été plus facile que de se renseigner » et « qu'en admettant son ignorance, celle-ci ne résulterait que de sa négligence,

(4) Rennes 17 juin 1929, Gaz. Pal. 1929.2.396.

(5) Jugement maintenu par Civ. sect. soc. 4 mai 1956, D. 1957.313 et note MALAURIE, J.C.P. 1957.II.9762, note OURLIAC et de JUGLART.

(6) Bordeaux 3 mars 1943, maintenu par Req. 17 juin 1946, Gaz. Pal. 1946.2.204.

(7) Civ. sect. comm. 18 juillet 1956, Bull. civ. 1956, III, n° 220, p. 188.

(8) Req. 13 janvier 1864, D.P. 1864.1.162.

de son imprudence et de sa faute» (9). On estimera qu'un contractant « est mal fondé à exciper de l'erreur due à son ignorance ou à sa négligence » (10), qu'il ne peut « alléguer sa propre négligence fautive » (11). Ou encore, l'on jugera que l'erreur « ne saurait être de celles qui vicient le consentement » lorsqu'elle est le fait d'un individu « trop confiant » qui a méconnu un aléa prévisible (12). Ce sont autant d'applications d'un principe bien établi en jurisprudence (13), et reconnu par la Cour de cassation : celle-ci approuve les juges du fond d'avoir refusé la nullité lorsqu'ils ont établi que l'erreur « n'était pas excusable » (14). On observera que la Cour de cassation belge, en termes un peu différents et plus généraux, exprime d'ailleurs une idée analogue : « Dans la conception traditionnelle du droit français... — affirme-t-elle — il fut constamment entendu que la loi ne venait au secours de l'erreur que pour autant que celle-ci fût le fait d'un homme raisonnable...; lorsqu'un contractant néglige volontairement de s'éclairer sur les motifs qu'il croit avoir de souscrire le contrat, il assume des risques d'erreur, quant à ces motifs... » (15).

Qu'un certain degré d'incurie interdise d'invoquer l'erreur, cela n'est donc guère douteux, et n'a d'ailleurs rien qui puisse surprendre (selon l'adage traditionnel, *jus vigilantibus scriptum est*). En l'occurrence, si l'on se réfère spécialement aux arrêts les plus récents de la Cour de cassation, l'exigence à laquelle est subordonnée la nullité est celle d'une erreur « excusable » (16). Et cette exigence, sous des formes diverses, est approuvée par la plupart des auteurs (17). Mais

(9) Besançon 5 juillet 1899, S. 1903.2.177.

(10) Trib. civ. Vitry 23 décembre 1949, Gaz. Pal. 1951.1.27, J.C.P. 1950.II.5271 (ce jugement a été infirmé par Rennes 26 octobre 1950, Gaz. Pal. *ibid.*, J.C.P. 1950.II.5876, mais sans que le principe d'un devoir de diligence soit pour autant mis en question).

(11) Civ. sect. soc. 5 avril 1957, Bull. civ. 1957, IV, n° 434, p. 304.

(12) Colmar 15 octobre 1929, Gaz. Pal. 1929.2.824.

(13) Voir encore Amiens 30 novembre 1954, Gaz. Pal. 1955.1.69, D. 1955.420 et note GABOLDE, maintenu par Civ. 1^{re} sect. 27 février 1957, D. 1957.231, Bull. civ. 1957, I, n° 104, p. 85 (l'arrêt relève qu'il s'agissait d'une « qualité très apparente » et « qu'il appartenait (aux preneurs d'un bail de chasse), avant de donner leur accord, de parcourir eux-mêmes la chasse et de se renseigner eux-mêmes sur place auprès de personnes la connaissant »).

(14) Civ. 1^{re} sect. 29 juin 1959, Bull. civ. 1959, I, n° 320, p. 267.

(15) Cass. Belge 23 février 1939 (motifs), Pasirisie 1939.1.91 (cité par M. DABIN, « Erreur inexcusable et nullité des conventions », in : Etudes de droit civil, Bruxelles 1947, p. 35, n° 3).

(16) Cf. Civ. sect. comm. 18 juillet 1956 et Civ. 1^{re} sect. 29 juin 1959, précitées. Le vocable retenu est celui proposé par M. DABIN, dans l'étude citée à la note précédente. Voir sur ce point : GHESTIN, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 1963, n°s 119 et s.

(17) Cf. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, n°s 43 et 44; DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. I, p. 402 et 403; JOSSELAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, n° 64, p. 83; PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. VI, par ESMEIN, 2^e éd., n° 179; RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil, t. II, n° 172; H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, n° 171; GHESTIN, *op. cit.*, n°s 129 et s.

encore faut-il préciser le critère de l'erreur excusable ou inexcusable, c'est-à-dire la façon dont va se déterminer la norme de diligence en cette matière. Sera-ce *in concreto*, en tenant compte des inaptitudes personnelles du sujet? Sera-ce *in abstracto*, par référence au type général de l'homme avisé, ou encore en ne refusant effet qu'à l'erreur grossière? La question est d'autant plus délicate que les différents critères peuvent, dans une certaine mesure, jouer cumulativement.

256. — Le plus certain, à première vue, c'est que l'on ne prend pas ici, pour type de comparaison, l'homme avisé ou le bon père de famille abstrait du droit de la responsabilité; on n'apprécie pas l'opposabilité de l'erreur selon le critère de la *culpa levis in abstracto* (18). En effet, s'il en était ainsi, on ne saurait parler d'erreur « excusable » : celui qui se comporte raisonnablement, même s'il tombe dans l'erreur, n'a nul besoin d'être « excusé ». On a déjà dit, d'ailleurs, qu'en recourant à un tel critère on assurerait bien médiocrement la protection du consentement puisqu'on refuserait cette protection à ceux qui précisément, par leur manque de perspicacité ou d'instruction, en ont le plus grand besoin.

Aussi bien ne sera-t-on pas surpris de voir les tribunaux, dans l'appréciation de l'erreur, tenir compte de diverses données personnelles qui ne seraient pas prises en considération chez des sujets d'obligations envisagés en tant que tels, notamment l'âge et l'inexpérience. Les décisions judiciaires admettant l'erreur tirent fréquemment argument du fait que l'*errans* était « un contractant peu averti » (19) — par exemple un cultivateur peu instruit et éloigné des affaires (20), un « ancien boulanger peu initié aux affaires »... (21) — et que par suite son « incompétence » (22) ne lui permettait pas de se rendre exactement compte des conséquences effectives de son engagement. Parfois on relèvera la jeunesse de celui qui a été induit en erreur (23), parfois au contraire sa vieillesse (24). On a même vu des juges admettre l'erreur alors que celle-ci résultait de ce qui, à leurs yeux d'hommes raisonnables et instruits, apparaissait comme un « grossier truquage », ne permettant pas le doute « un seul instant » (25). De tels motifs

(18) Voir en ce sens GHESTIN, *op. cit.*, n° 127.

(19) Rennes 26 octobre 1950, J.C.P. 1950.II.5876, Gaz. Pal. 1951.1.27 (infirmant le jugement précité du Trib. civ. de Vitry, qui avait estimé que l'*errans* devait supporter les conséquences de son « ignorance »); Trib. comm. Lyon 5 juillet 1951, D. 1951.614, Gaz. Pal. 1951.2.268.

(20) Rouen 25 mars 1954, J.C.P. 1954.IV.155. Voir également, pour des paysans « analphabètes », Montpellier 2 janvier 1963, Gaz. Pal. 1963.1.193.

(21) Civ. sect. comm. 18 juillet 1956, précité (Bull. civ. 1956.III, n° 220, p. 188).

(22) Besançon 14 décembre 1955, D. 1957.358, note DE LA MARNIERRE.

(23) Cf. (quoique en dehors du domaine contractuel) Nancy 12 avril 1930, maintenu par Req. 7 juillet 1931, D.H. 1931.445 (jeune homme de 22 ans).

(24) Req. 9 juin 1947, S. 1949.1.75 (contractants âgés de 77 et 85 ans).

(25) Bordeaux 13 novembre 1905, S. 1906.2.207, D.P. 1908.2.287.

(26) montrent à l'évidence que le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur s'apprécie, en réalité, *in concreto* (27).

257. — Tout au plus peut-on se demander si, cumulativement avec ce critère de l'appréciation *in concreto*, il ne convient pas de tenir également pour inopposable l'erreur qui, en soi, est véritablement grossière, et assimilable en somme à une faute lourde définie *in abstracto*. En pratique il n'est guère douteux qu'il en soit ainsi, une telle erreur conduisant au moins à présumer la négligence subjective (28). Sur le terrain même des principes, la sécurité juridique semble exiger que l'erreur grossière ne puisse être invoquée comme cause de nullité d'un contrat, fût-elle subjectivement excusable (29).

258. — Réserve faite de ce cas extrême, il n'en reste pas moins que l'appréciation *in concreto* est prédominante en la matière, puisque, tout en imposant un devoir de diligence, la jurisprudence tient compte, normalement, des données personnelles qui sont de nature à excuser l'erreur.

De cela même, sans doute, il résulte une certaine insécurité pour ceux qui ont la malchance de contracter avec des gens ignorants ou peu perspicaces. Le risque, cependant, se trouve diminué du fait que le législateur n'a admis l'erreur, comme vice du consentement, que sous certaines conditions. Encore y a-t-il lieu d'observer que l'appréciation *in concreto* peut encore intervenir lorsqu'il s'agit de définir les conditions auxquelles l'erreur est ainsi soumise, soit par la loi, soit par la jurisprudence. Quand on fait appel à des notions comme celle de qualité substantielle, d'erreur déterminante, on se trouve à nouveau placé devant le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*.

(26) Auxquels on pourrait ajouter ceux des décisions qui, à l'inverse, pour dénier le vice du consentement, relèvent que l'*errans* n'est pas aussi inexpérimenté qu'il veut bien le dire (voir par ex. les motifs du juge du fond cités dans Civ. 1^{re} sect. 29 juin 1959, précité, Bull. civ. 1959, I, n° 320, p. 267 : il s'agissait d'un homme de la campagne, mais « qui avait une certaine expérience des assurances »).

(27) A cette forme d'appréciation on pourrait être tenté d'opposer la formule de la Cour de cassation de Belgique qui, dans un motif précédemment cité, a paru exiger que l'erreur « fût le fait d'un homme raisonnable » (Cass. belge 23 février 1939, Pasirisie 1939.1.91). Mais cette formule signifie simplement que le contractant doit déployer une *diligence* raisonnable. La haute juridiction l'explicite, en effet, en précisant que l'erreur n'est pas invocable « lorsqu'un contractant *néglige volontairement* de s'éclairer ». Or parler de négligence volontaire, c'est évidemment se référer à une tout autre notion que celles de la faute ou de l'erreur envisagées *in abstracto*. C'est réserver le refus de la nullité au seul cas d'une négligence subjective, ce qui rejoint exactement la démarche de nos tribunaux tenant compte des particularités personnelles qui ont pu expliquer et excuser l'erreur.

(28) Voir pourtant Bordeaux 13 novembre 1905, précité (mais en l'espèce la mauvaise foi du cocontractant justifiait la solution).

(29) Voir en ce sens H., L. et J. MAZEAUD (Leçons de droit civil, t. II, n° 171), selon lesquels les tribunaux exigent que l'erreur soit *excusable* et ne soit pas *grossière*.

§ 2. — ERREUR SUBSTANTIELLE ET ERREUR DÉTERMINANTE

259. — S'il convient de rapprocher le problème de l'erreur substantielle et celui du caractère déterminant de l'erreur (30), c'est parce que ces questions mettent en jeu des notions qui, en réalité, s'opposent comme l'abstrait au concret.

Imaginons en effet que l'on apprécie purement *in concreto* la notion d'erreur substantielle. On se demandera alors si, pour un contractant déterminé, telle qualité était ou non essentielle. Mais qu'est-ce, pour un contractant, qu'une qualité essentielle, sinon celle qui joue, à l'égard de son consentement, un rôle déterminant?

Imaginons, à l'inverse, que l'on apprécie purement *in abstracto* la notion d'erreur déterminante. On se demandera alors si, pour un contractant normal, telle qualité aurait été essentielle au point d'exercer sur son consentement une influence décisive. Mais la qualité qui est ainsi essentielle et décisive pour un contractant quelconque, n'est-ce pas précisément celle que l'on peut appeler, en termes abstraits, une qualité substantielle? De quelque façon que l'on prenne les choses, c'est ainsi au même problème que l'on se trouve ramené.

Il n'en est pas moins vrai, pourtant, que ce problème se dédouble. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer, d'une part, la possibilité d'une appréciation cumulative (opérée successivement *in abstracto* et *in concreto*) et, d'autre part, la possibilité d'une appréciation intermédiaire (tenant pour substantielles les qualités jugées essentielles par les deux parties).

Dans les cas, en effet, où l'erreur doit avoir un caractère substantiel, on ne saurait envisager sérieusement une appréciation purement individuelle et subjective de ce caractère. En réalité on hésitera entre une appréciation abstraite et celle qui tiendrait compte de ce que les deux parties ont tenu pour substantiel. L'appréciation *in concreto*, ainsi entendue de façon bilatérale, sera donc tout à fait distincte d'une appréciation du caractère déterminant opérée d'après la seule psychologie de celui qui invoque l'erreur. D'autre part, en présence d'une erreur dont on constate qu'elle est substantielle *in abstracto*, on peut exiger en outre qu'elle ait été déterminante, *in concreto*, pour celui-là même qui l'invoque.

Deux appréciations distinctes, et éventuellement combinées, étant ainsi concevables, il convient donc de les examiner l'une après l'autre.

1^o Appréciation du caractère substantiel de l'erreur

260. — En matière contractuelle, d'après l'article 1110 alinéa 1^{er} du Code civil, l'erreur n'est une cause de nullité que si elle tombe « sur la substance même de la chose » qui fait l'objet de la convention.

(30) Sur les rapports de ces deux problèmes, voir spécialement GHESTIN, *op. cit.*, nos 30 et s., et les références.

Mais chacun sait que la jurisprudence moderne ne s'attache pas, pour l'application de ce texte, au critère matériel et objectif de l'*error in substantia*, qu'elle recherche en réalité si l'erreur a porté sur une qualité « substantielle » — c'est-à-dire essentielle — de la chose. Dans ces conditions, faut-il se demander — *in abstracto* — si la qualité qui fait défaut aurait été essentielle aux yeux d'un contractant quelconque? Ou doit-on rechercher — *in concreto* — si cette qualité a paru essentielle, sinon à l'*errans* seul, du moins aux deux parties en cause? Tels sont les modes d'appréciation entre lesquels il faut choisir, et que l'on oppose souvent en parlant de conception « objective » et de conception « subjective » (31).

De cette question, on ne peut manquer de rapprocher celle que soulève, dans le cas de l'erreur sur la personne, l'application de l'article 1110, alinéa 2 du Code civil, limitant la nullité au cas où la considération de la personne est « la cause principale de la convention ». Là encore il s'agit de savoir si l'*intuitus personae* est ou n'est pas essentiel, soit abstraitement, soit dans l'esprit des parties ou de l'*errans* lui-même. Le problème est très comparable, à ceci près qu'il paraît plus difficile, à première vue, d'envisager ici l'opinion des deux parties.

En revanche il n'y a pas lieu de considérer l'erreur (toute différente) portant sur la cause de l'obligation. Il est évident, en effet, que l'existence d'une contreprestation est un élément essentiel du contrat, aussi bien dans l'abstrait et pour un contractant normal que dans le concret, pour un contractant déterminé. Sur ce point, aucune question ne saurait donc sérieusement se poser. On n'a pas à envisager davantage l'erreur sur les motifs (ou les mobiles), c'est-à-dire sur des circonstances étrangères à l'objet matériel du contrat, mais dont la défaillance prive un contractant de l'avantage qu'il escomptait. Les motifs ne sont pas des qualités de la chose qui fait l'objet du contrat, et par conséquent ne constituent en aucun cas des qualités substantielles (32).

(31) On réunit souvent, sous le terme de conception objective, la thèse — aujourd'hui dépassée — selon laquelle il n'y a lieu de considérer que la matière de la chose (cf. DURANTON, Droit civil, t. X, n° 114) et celle qui se réfère à l'opinion commune, à la psychologie d'un contractant-type (cf. AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 5^e éd., t. IV, § 343 bis; E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations, 1937, p. 60). Par conception subjective, on entend celle qui se réfère à l'intention des parties ou de l'une d'elles (cf. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, Des obligations, 3^e éd., t. I, n°s 54 et s.; JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, n° 62; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, t. IV, n° 183).

(32) Civ. 26 mai 1891, D.P. 1891.1.352, S. 1891.1.248; Civ. 16 mai 1939, S. 1939.1.260, Gaz. Pal. 1939.2.152; *contra* : Trib. comm. Seine 2 avril 1943, Gaz. Pal. 1943.2.81. Certes la défaillance des motifs peut être prise en considération si telle a été l'intention des parties (cf. Civ. 3 août 1942, motifs, D.A. 1943.18), mais il s'agit alors, en réalité, de condition résolutoire plutôt que de vice du consentement. Si certains ont pu croire que l'erreur sur les motifs était parfois retenue, c'est parce que les arrêts se réfèrent parfois aux motifs pour apprécier le caractère substantiel des qualités (voir par ex. Req. 17 juin 1946, Gaz. Pal. 1946.2.204). Mais autre chose est l'« erreur sur les motifs » (auquel cas les motifs se trouvent manquer, mais la chose est exactement ce qu'on attendait), autre chose l'erreur sur une qualité dont le caractère substantiel tient aux motifs (auquel cas les motifs demeurent, mais c'est la chose qui déçoit).

261. — Les données et les limites du problème étant ainsi précisées, quelles solutions y sont apportées par la jurisprudence ? Disons immédiatement que les tribunaux tiennent pour substantielles, d'une part les qualités qui abstraitement sont telles (qu'un contractant quelconque aurait tenues pour essentielles), et d'autre part celles qui, normalement secondaires, ont pourtant été envisagées comme essentielles par les parties (appréciation concrète, mais non individuelle). Pour la mise en œuvre de ce second critère, bien entendu, il n'est pas nécessaire que la qualité intéresse pareillement les deux parties (pour l'une, elle n'a jamais d'intérêt direct) mais il faut que celui qui a traité avec l'errans ait pu se rendre compte que la qualité était essentielle pour celui-ci.

262. — Qu'il faille tenir pour substantielles les qualités que tout le monde jugerait essentielles, c'est presque un truisme, et cela ne soulève aucune difficulté. A ce point de vue, selon la formule d'Aubry et Rau, les qualités substantielles d'une chose sont « les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique, d'après la commune opinion » (33). Certes il est possible que celui qui invoque l'erreur n'ait, dans le concret, compte tenu de son but particulier, attaché aucune importance véritable à une telle qualité. Si son cocontractant s'en doute, il ne manquera pas, assurément, d'en tirer argument pour dénier le vice du consentement. Mais alors il raisonnera sur le terrain du caractère « déterminant », qui correspond d'ailleurs au même problème, on l'a dit, mais abordé séparément d'un point de vue subjectif.

263. — Ce n'est pas à dire, pourtant, que les qualités substantielles « *in abstracto* » ne posent aucun problème. Car si l'on prend pour type de référence un contractant quelconque, abstrait, encore est-il permis de se demander dans quelles circonstances il faut l'imaginer. Un exemple inspiré par une espèce jurisprudentielle fera voir aisément où gît la difficulté.

Soit la vente d'un tableau, dont personne ne sait que c'est l'œuvre d'un maître, la signature étant dissimulée par le cadre (34). Lorsque le vendeur, après coup, découvre la vérité, il s'empresse d'invoquer son erreur pour faire prononcer la nullité de la vente. Peut-on dire, dans un tel cas, qu'un contractant quelconque aurait tenu la personnalité de l'auteur du tableau pour une qualité substantielle ? Évidemment, cela dépend. Si l'on raisonne de façon toute abstraite, en négligeant les circonstances, il est certain que la personne de l'auteur est, quand il s'agit d'un tableau de maître, une circonstance essentielle. Mais si l'on imagine le contractant quelconque placé dans la même situation que l'acheteur ou le vendeur de l'espèce considérée, il est non moins certain que cet individu abstrait, qui, par hypothèse n'est

(33) Cours de droit civil français, 5^e éd., t. IV, § 343 bis. Rapp. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 60.

(34) Cf. Trib. civ. Saint-Brieuc, 26 février 1908, D.P. 1909.2.223.

pas un spécialiste, n'aurait pas attaché grande importance à la personnalité de l'auteur d'un tableau apparemment anonyme et de qualité insoupçonnée.

Dans l'espèce d'où cet exemple est tiré, le tribunal saisi s'est borné à rechercher si la qualité dont on discutait le caractère avait été considérée comme substantielle *par les parties* lorsque celles-ci avaient contracté. La question ainsi réduite, il est évident qu'une réponse négative devait s'ensuivre. Mais c'était négliger le problème préalable : la qualité n'était-elle pas substantielle *in abstracto*? A ce problème laissé sans réponse, nous croyons, il est vrai, qu'il fallait donner une solution conduisant au même résultat; il nous semble qu'il aurait fallu placer le contractant-type dans la même situation que le vendeur véritable, et conclure, par conséquent, que la personnalité de l'auteur ne constituait pas, même d'un point de vue abstrait, une qualité substantielle (35). Mais il faut convenir que la question était fort discutable.

264. — Quoi qu'il en soit, il ne paraît guère douteux que les qualités considérées communément comme essentielles méritent le nom de qualités substantielles. Mais la jurisprudence regarde également comme telles des qualités normalement jugées secondaires, dès lors que les parties les ont envisagées comme essentielles. Ici l'on voit coexister avec l'appréciation *in abstracto* une appréciation *in concreto* qui, toutefois, n'est pas simplement individuelle.

Les tribunaux, en effet, tiennent pour substantielles des qualités qui ne présentent pas ce caractère *in abstracto*, mais seulement compte tenu de l'intention des parties. Est substantielle « la qualité que les contractants ont eu principalement en vue » (36).

Ainsi, en cas de vente, il suffit, pour que la nullité puisse être prononcée, que le bien soit « impropre à la destination, connue des parties, en vue de laquelle il a été acquis » (37). Tel est le cas, par exemple, si un terrain a été acheté en vue de la création d'un lotissement, « but connu du vendeur », (38) et qu'il ne se prête pas à cette destination; de même, si « l'intention commune des parties contractantes » était la construction d'une école, et que le terrain se révèle impropre à cet usage (39). De même encore, dans le cas d'un cultivateur qui avait acheté une vache pour la faire travailler, ce à quoi elle s'était révélée inapte, un jugement a admis l'erreur sur une qualité substantielle,

(35) Cette solution était la seule équitable, on l'observera, le vendeur ayant lui-même acquis le tableau, sans aucun doute, comme une œuvre ordinaire. Dans une suite de propriétaires, il est normal que la découverte d'une qualité ignorée profite à celui qui est propriétaire de la chose lorsque cette découverte se produit, plutôt qu'à l'un de ses auteurs.

(36) Formule empruntée à POTHIER (Traité des Obligations, n° 18), et souvent reprise. Voir par exemple Req. 1^{er} mars 1876, S. 1876.1.318, D.P. 1877.1.155.

(37) Civ. 23 novembre 1931, D.P. 1932.1.129 et note JOSSERAND.

(38) Même arrêt.

(39) Orléans 18 janvier 1895, D.P. 1895.2.417.

en relevant : « que V... a indiqué formellement à R..., au moment de la vente, la qualité principale qu'il exigeait de l'animal vendu, savoir l'aptitude au travail; que les parties ont eu en vue cette qualité en contractant... » (40). Toujours dans la même perspective, les juges relèveront à propos d'une vente de meubles, « que X... (le vendeur), de même que Y... (l'acheteur) envisageait le marché comme portant sur des meubles anciens » (41) — ou encore : « que les parties avaient voulu, l'une vendre, l'autre acheter une table ancienne d'époque Louis XV » (42).

265. — De tels motifs semblent impliquer, *a contrario*, que la qualité envisagée comme essentielle par une seule partie, à l'insu et sans l'assentiment de l'autre, ne peut être tenue pour substantielle (à moins, bien entendu, qu'elle ne présente ce caractère *in abstracto*). On imagine aisément, en effet, l'insécurité qui résulterait d'une appréciation des qualités substantielles opérée d'après la seule psychologie de l'un des contractants.

Aussi bien les tribunaux s'y refusent-ils. Si un vin, par exemple, présente les qualités que l'on peut normalement en attendre, les acheteurs qui le trouvent trop sucré pour pouvoir être exporté dans des conditions satisfaisantes, se voient déboutés de leur action en nullité au motif, notamment, « que la destination spéciale qu'ils allèguent avoir voulu donner aux vins n'était pas connue du vendeur » (43). De même un catholique qui, ayant pris à bail une maison, s'était aperçu que celle-ci était un ancien bien d'église sécularisé — qu'il lui était interdit de louer sous peine d'excommunication — n'a pu se prévaloir de « cette erreur purement subjective » pour faire prononcer la nullité du contrat, dès lors que le bailleur ignorait totalement ses préoccupations religieuses (44). Pareillement l'acheteur d'un tableau, tombé dans l'erreur quant à l'identité du personnage représenté, doit établir, non seulement que son engagement dépendait de cette circonstance, mais encore que le vendeur la lui avait garantie (45).

Ce ne sont là que quelques exemples, destinés à illustrer un principe qui semble commandé par une nécessité sociale impérieuse : s'agissant d'une qualité qui n'est pas substantielle *in abstracto*, il suffit sans doute, mais il faut, que les deux parties soient tombées d'accord pour la juger telle en l'espèce.

266. — On doit convenir pourtant que la jurisprudence n'est pas toujours parfaitement nette en cette matière. Certaines décisions emploient des expressions qui paraissent incliner vers une appréciation

(40) Trib. civ. Gaillac 21 juillet 1898, maintenu par Req. 1^{er} mars 1899, S. 1899.1.221.

(41) Rouen 15 juillet 1911, D.P. 1912.2.367, S. 1912.2.252.

(42) Lyon 18 mars 1931, D.P. 1933.2.25 et note WALINE.

(43) Toulouse 19 mars 1889, S. 1890.2.61.

(44) Bordeaux 15 juin 1926, S. 1926.2.119.

(45) Trib. paix Nantes 23 janvier 1947, Gaz. Pal. 1947.1.129.

in concreto purement individuelle, confondant le caractère substantiel et le caractère déterminant. D'autres, à l'inverse, s'expriment comme si les qualités substantielles ne pouvaient être appréciées qu'*in abstracto*. Mais, dans l'un et l'autre cas, les formules qui prêtent à de telles interprétations ne sont pas véritablement décisives.

267. — Certains motifs, en effet, sont apparemment très individualisés. La Cour de cassation a jadis formulé la règle selon laquelle « l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance même de la chose, lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté » (46). S'il fallait prendre ce motif au pied de la lettre, l'appréciation du caractère substantiel de l'erreur pourrait se réduire, on le voit, à rechercher si l'erreur, de façon purement concrète et individuelle, a été déterminante. On pourrait en dire autant, lorsque la Cour de cassation énonce « qu'il y a erreur sur la substance, notamment, quand le consentement de l'une des parties a été déterminé par l'idée fausse que cette partie avait de la nature des droits dont elle croyait se dépouiller ou qu'elle croyait acquérir par l'effet du contrat » (47). Mais de tels motifs sont toujours formulés à propos d'erreurs dont il est évident qu'elles portent sur des circonstances que n'importe quelle personne placée dans la même situation aurait jugées essentielles (48). Chaque fois que l'erreur est ainsi admise par des motifs qui concernent uniquement son caractère déterminant (49), c'est, en réalité, parce qu'elle est objectivement substantielle.

Certes il arrive aussi que les juges se décident sur la base d'une appréciation individuelle, quant à l'erreur substantielle, même à propos de qualités qui ne sont pas en soi essentielles. Mais alors c'est pour écarter la nullité, et cela se comprend fort bien. Ainsi un jugement du Tribunal de la Seine (50), déboutant un amateur qui avait acheté un tableau de Delacroix en croyant à tort que cette œuvre avait décoré la chambre du peintre, énonce que celui qui invoque une erreur sur la substance a « l'obligation de justifier de son véritable état d'esprit au moment du contrat et de faire clairement ressortir qu'il avait bien en vue, dans la chose acquise, telles ou telles qualités objectives qui ont été la cause impulsive de sa volonté et ont déterminé son consentement » (or en l'espèce une telle preuve n'était pas rapportée). Un tel motif, en dépit de la référence à des qualités « objectives », se situe assurément sur le terrain de la psychologie individuelle. Mais il établit seulement — ce qui est évident — qu'une qualité en soi secondaire ne peut être jugée substantielle (pas plus que déterminante)

(46) Civ. 28 janvier 1913, S. 1913.1.487.

(47) Civ. 17 novembre 1930, S. 1932.1.17 et note BRETON, D.P. 1932.1.161 et note J.-Ch. LAURENT.

(48) Dans les deux espèces précitées, il s'agissait de renonciations conclues dans des conditions telles que, une fois l'erreur dissipée, elles apparaissaient catastrophiques.

(49) Voir encore : Civ. sect. comm. 18 juillet 1956, Bull. civ. 1956, III, n° 220, p. 188; Montpellier 2 janvier 1963, Gaz. Pal. 1963.1.193.

(50) 8 décembre 1950, Gaz. Pal. 1951.1.153, D. 1951.50.

si le contractant qui invoque l'erreur ne l'a pas tenue pour telle. On ne saurait en déduire, *a contrario*, que l'établissement de cette circonstance psychologique, condition nécessaire de la nullité, en serait aussi une condition suffisante, dispensant d'examiner les dispositions du cocontractant ou l'opinion commune.

268. — A l'opposé, certaines décisions semblent parfois esquisser une réaction dans le sens d'une appréciation purement abstraite des qualités substantielles. Tel est le cas d'un arrêt récent rendu par la Cour d'appel de Montpellier (51), à propos d'une personne qui, ayant acheté une automobile d'occasion, avait été déçue d'apprendre que celle-ci avait été jadis accidentée — alors qu'il était constant que cette voiture avait été parfaitement réparée et présentait donc, objectivement, les mêmes qualités que si elle n'avait pas subi d'accident. A cette occasion la Cour d'appel a affirmé en termes généraux que l'erreur sur la substance « comporte un caractère purement objectif ». Mais ce principe était posé pour expliquer qu'il fallait tenir pour inopérantes de simples « préférences personnelles », et pour exclure une appréciation reposant sur une « base purement subjective ». On en revient donc là, simplement, à l'idée selon laquelle le caractère substantiel ne peut être apprécié d'après la seule psychologie du sujet qui s'est trompé, idée qui suffisait, en l'espèce, à faire écarter toute nullité.

269. — En définitive, l'appréciation s'opère donc soit *in abstracto*, soit *in concreto*, dans la mesure où l'on considère comme substantielles d'une part les qualités normalement essentielles, et d'autre part celles qui ont été envisagées comme telles par les parties. Mais cette dernière forme d'appréciation *in concreto* — conforme à l'idée selon laquelle les parties sont maîtresses de leur contrat — n'engendre aucune insécurité puisque, loin de se réduire à la considération d'une donnée psychologique individuelle, elle présente au contraire un caractère bilatéral.

270. — La même solution doit être transposée dans le domaine de l'erreur sur la personne, lorsqu'il s'agit de déterminer le rôle de l'*intuitus personae* (52) dans la conclusion d'un contrat (art. 1110 al. 2 C. civ.).

En fait, cependant, l'erreur sur la personne n'étant jamais une erreur partagée, l'appréciation *in concreto* n'a ici qu'un champ d'application limité. En effet (si on laisse de côté le domaine des libéralités, où une appréciation purement individuelle ne se heurte à aucune objection), il faut supposer, pour une appréciation *in concreto* bilatérale, à la fois des préoccupations particulières chez une partie et une dissi-

(51) 12 février 1962, D. 1962.641, J.C.P. 1962.II.12741 et note M. DIJOL, S. 1963.18.

(52) Sur cette question, voir VALLEUR, *L'intuitus personae* dans les contrats, thèse Paris 1938, spécialement n^{os} 89 et s.

mulation de la part de l'autre, — ce qui constitue une rencontre assez exceptionnelle. Presque toujours, par conséquent, les tribunaux se borneront à rechercher, en fonction de la nature et des circonstances de l'acte, si telle qualité personnelle devait *normalement* être considérée comme essentielle.

Bien entendu, cela ne justifie pas des motifs exagérément abstraits, négligeant toutes circonstances particulières, comme celui selon lequel « la location est un des contrats où l'*intuitus personae* joue un rôle prépondérant » (53). Il faut tenir compte des données de fait particulières, autres que celles qui relèvent de la seule psychologie individuelle. On appréciera différemment, par exemple, l'importance de certaines exigences de respectabilité, selon que l'on se trouve dans un grand centre ou dans une petite localité où tous se connaissent; ainsi un jugement a-t-il déclaré nul le bail consenti à une demi-mondaine — prise pour une dame respectable —, en relevant que « la qualité personnelle du preneur est importante, au moins dans certaines localités où les habitudes, les relations sociales, le milieu dans lequel chacun vit, etc..., n'admettent pas des promiscuités de voisinage qui resteraient plus indifférentes dans une grande ville comme Paris... » (54). Mais cela dit, l'appréciation s'opère néanmoins *in abstracto*, indépendamment des préférences purement subjectives. On voit les juges se livrer, par exemple, à une analyse abstraite et objective des inconvénients pouvant résulter, pour un bailleur, du caractère illégitime d'un ménage de fermiers (55). C'est se demander ce qui, dans la même conjoncture, eût importé à un contractant quelconque (56). De même en matière de mariage, pour l'application de l'article 180 alinéa 2 du Code civil, les tribunaux — lorsqu'ils écartent la jurisprudence de l'arrêt *Berthon* (57) — sont amenés, pour décider du caractère essentiel d'une qualité, à se référer « aux fins qu'ont dû *normalement* envisager les futurs conjoints » (58).

271. — Mais si l'appréciation *in abstracto* est ainsi le type de raisonnement usuel à propos de l'erreur sur la personne, il se peut, pourtant, qu'une partie ait attaché à certaines qualités de l'autre une importance que n'impliquaient pas, *in abstracto*, la nature et les circonstances de l'acte juridique. Si l'autre partie a connu cette préoccupation personnelle, il semble alors logique de traiter comme essen-

(53) Lyon 16 mai 1928, D.P. 1928.197 et note VOIRIN (en l'espèce il ne s'agissait d'ailleurs pas de vice du consentement). On approuvera, en revanche, Req. 4 février 1935, D.H. 1935.145.

(54) Trib. civ. Nantes 10 juillet 1894, Gaz. Pal. 1894.2.176.

(55) Angers 4 mai 1921, D.P. 1921.2.125, S. 1922.2.11.

(56) Rapp. Milan 27 octobre 1908, S. 1909.4.13 (« *chacun désire* que sa maison soit louée à des personnes qui aient son estime et qui observent de bons principes... »).

(57) On sait que, d'après cet arrêt, l'erreur sur l'identité physique ou civile du conjoint pourrait seule être retenue (Cass. réunies 24 avril 1862, D.P. 1862.1.153, S. 1862.1.341 et concl. DUPIN).

(58) Trib. civ. Grenoble 13 mars 1958, D. 1959.495 (1^{er} jugement) et note G. CORNU.

tielle la qualité escomptée, de la même façon que lorsqu'il s'agit des qualités d'une chose.

272. — Ce qui complique le problème, c'est que ce jeu des préférences ou des principes personnels intervient surtout, en pratique, dans le domaine très particulier de la *nullité du mariage* (art. 180 al. 2 C. civ.) (59). Or l'ordre public interdit, en cette matière, d'apprécier les qualités essentielles selon le caprice de chacun (ou de chacune), même avec le correctif tenant à l'exigence de la connaissance des préférences subjectives par l'autre partie. Une norme s'impose donc, et le système le plus simple serait de s'en tenir alors à la pure appréciation *in abstracto*.

C'est la conception que l'on trouve exposée — de façon d'ailleurs subsidiaire — dans les motifs d'un jugement du Tribunal de la Seine : « Envisagerait-on comme susceptible de vicier le consentement toute erreur sur une qualité substantielle de la personne, il conviendrait de retenir que, pour qu'une qualité pût être considérée comme telle, il ne suffirait pas qu'il fût établi que sans cette qualité chez l'un des conjoints, l'autre n'aurait point consenti au mariage, mais il faudrait qu'il fût démontré qu'il s'agit d'une qualité que *toute personne placée dans les mêmes conditions* aurait jugée décisive » (60). Et le tribunal, appliquant ce principe à l'erreur qui lui était soumise — une femme avait caché à son futur mari qu'elle était mère d'un enfant naturel — en tirait la conséquence suivante : « La qualité dont l'absence est invoquée par le demandeur ne peut être jugée décisive, puisqu'il n'est pas rare de voir des femmes mères, célibataires, veuves ou divorcées, contracter mariage avec un homme autre que le père de leur enfant ».

Un tel raisonnement est cohérent, mais est-il pleinement satisfaisant ? Dans certains cas, illustrés par des espèces jurisprudentielles, il faut convenir qu'une appréciation purement abstraite conduirait à des résultats choquants.

Sans doute l'appréciation *in abstracto* suffit-elle parfois : n'importe quelle jeune fille moyenne, si elle s'aperçoit qu'elle a épousé un homme impuissant (61), ou un individu qui vient de commettre un crime (62), s'estimera induite en erreur sur une qualité qu'elle jugeait essentielle. Mais qu'en est-il si une jeune fille découvre qu'elle a épousé un divorcé (63) ? Et, plus typiquement encore, que décider au cas où une catholique pratiquante épouse un divorcé en ignorant que le premier mariage de celui-ci avait fait l'objet d'une célébration religieuse (64) ? De façon purement abstraite, on refuserait la nullité en telle hypothèse,

(59) La question ne se pose, il faut le dire, que dans le système admis par les tribunaux qui répudient la jurisprudence classique de l'arrêt BERTHON. Voir la chronique de M. CORNU — « Centenaire » — au D. 1959, chron., p. 215 et s.

(60) Trib. civ. Seine 18 janvier 1938, D.P. 1939.2.32.

(61) Trib. civ. Grenoble 13 mars et 20 novembre 1958, D. 1959.495 et note CORNU.

(62) Trib. civ. Bressuire 26 juillet 1944, D. 1945.94.

(63) Cf. Trib. civ. Bordeaux 9 juin 1924, Gaz. Pal. 1924.2.201.

(64) Trib. civ. Seine 4 avril 1951, J.C.P. 1953.II.7408 et note J. M.

le type de référence ne pouvant se voir prêter la religion d'une partie en cause. Mais on sent bien ce que cette rigueur a d'excessif, au moins dans le cas où le futur conjoint connaissait les convictions de sa fiancée et l'obstacle qu'eût constitué, pour celle-ci, son union antérieure.

Aussi bien le Tribunal de la Seine, dans cette dernière hypothèse, a-t-il admis qu'il y avait « erreur dans la personne au sens de l'article 180 du Code civil ». Et l'on ne peut qu'approuver cette solution. Mais encore ne faut-il pas s'engager trop loin dans la voie de l'appréciation *in concreto*. Sans doute il est facile de distinguer, d'une part les goûts et les caprices — dont on ne saurait évidemment tenir compte (65) —, et d'autre part les convictions et les principes, qu'une conception libérale conduirait à tenir pour indistinctement respectables. Mais il y a aussi des principes douteux et suspects. Certes il est à première vue séduisant de dire, avec M. Cornu (66), qu'il faut apprécier *in abstracto*, tout en tenant compte de « l'opinion du milieu du demandeur et de sa famille spirituelle ». Mais il y a des milieux où l'on tient pour principes intangibles que l'on n'épouse pas un enfant naturel (67), un juif (68), voire un plébéen (en dépit de la loi *Canuleia*). Le juge va-t-il donc tenir compte de tous les préjugés sociaux, ou va-t-il entreprendre de faire le partage entre ceux-ci et les convictions respectables ? Il faut avouer qu'il risque de se trouver, parfois, dans un certain embarras.

En vérité, il n'y a pas, en ce domaine, de critère qui soit à la fois précis et satisfaisant. Sans chercher une rigueur absolue, on serait donc enclin à se rallier, parmi les formules souples, à celle qui limite l'erreur sur la personne « aux qualités personnelles du conjoint qui, dans la situation sociale de la victime, sont normalement déterminantes dans une appréciation raisonnable de l'essence du mariage » (69). Un tel standard semble correspondre à un juste équilibre, avec prédominance de l'appréciation *in abstracto*.

273. — Le rôle reconnu à l'appréciation *in abstracto*, aussi bien pour l'erreur sur la chose que pour l'erreur sur la personne, ne doit d'ailleurs pas faire illusion. Car s'il est constant que l'erreur lui-même n'attachait pas d'importance décisive à une qualité — celle-ci fût-elle en soi substantielle — la nullité ne saurait être prononcée en fonction de considérations abstraites. On sait en effet que la jurisprudence, en toute hypothèse, exige que l'erreur ait été *déterminante*.

(65) Cf. CORNU, chronique précitée, spécialement p. 219, col. 2. Et Trib. civ. Rochefort 26 avril 1926, Gaz. Pal. 1926.2.299 : « On pourrait aller jusqu'à essayer de faire annuler un mariage parce qu'on n'aurait pas trouvé chez celui que l'on a épousé l'intelligence ou la sensibilité que l'on voulait... ».

(66) Chronique précitée, p. 220, col. 1 et 2.

(67) Cf. Bordeaux 21 mars 1866, S. 1866.2.209.

(68) Cf. Paris 20 juillet 1943, D.A. 1944.7.

(69) A. WEILL, in Répertoire DALLOZ de droit civil, v^o Mariage, n^o 133.

2^o *Appréciation du caractère déterminant de l'erreur*

274. — Il n'est pas besoin de longues explications pour faire comprendre que l'appréciation du caractère déterminant de l'erreur ne peut s'opérer, en principe, qu'*in concreto* (70). Car se demander si l'erreur commise aurait eu un effet décisif sur le consentement d'un contractant quelconque, cela reviendrait, pratiquement, à apprécier à nouveau *in abstracto* le caractère substantiel d'une qualité ou le rôle de l'*intuitus personae*. Ce serait donc refuser de faire du caractère déterminant une condition autonome de l'erreur vice du consentement et, par suite, admettre la nullité même dans des cas où, concrètement, la volonté n'a pas été viciée. Un tel résultat n'est pas admissible.

L'appréciation du caractère déterminant de l'erreur n'a donc de sens et de portée que si elle peut conduire à écarter la nullité quand une qualité normalement essentielle n'était pas décisive, dans le concret, pour celui qui s'est trompé.

275. — Aussi bien les tribunaux, pour apprécier ce caractère déterminant, se demandent-ils invariablement si le contractant en question, lui-même, aurait donné son consentement dans l'hypothèse où il eût été pleinement informé.

Les motifs des jugements et arrêts, à cet égard, sont tous conçus sur le même modèle : « Attendu que la Cour d'appel déclare que J... n'aurait jamais consenti à... si... » (71); « Aucune circonstance de la cause ne permet de dire que la dame P... a été décidée à acheter pour d'autres raisons... » (72); « Cette ancienneté constituait aux yeux de R... une qualité substantielle et déterminante de son achat... » (73); « Si le preneur avait connu la situation réelle, le contrat n'aurait jamais été accepté dans sa forme actuelle et peut-être jamais conclu... » (74); « Attendu que l'arrêt a estimé... que cette erreur était telle que D..., sans elle, n'aurait pas contracté... » (75) « Attendu que l'appelant ne justifie pas et n'allègue pas sérieusement qu'il n'eût pas contracté mariage s'il avait connu la véritable situation... » (76). On pourrait citer d'innombrables motifs de ce genre, qui se réfèrent tous à l'influence de l'erreur sur le consentement de celui-là même qui l'invoque.

276. — Mais à la vérité, nul ne conteste la banalité de tels motifs. Les défenseurs de l'appréciation *in abstracto* font observer, plus subtilement, qu'il est pratiquement impossible de discerner *in concreto*

(70) Voir notamment en ce sens : GHESTIN, *op. cit.*, n^{os} 37 et 38.

(71) Req. 19 janvier 1925, D.H. 1925.77, S. 1925.1.101.

(72) Trib. civ. Seine 3 novembre 1930, Gaz. Pal. 1931.1.15.

(73) Lyon 18 mars 1931, D.P. 1933.2.25 et note WALINE.

(74) Civ. sect. soc. 4 mai 1956, D. 1957.313 et note MALAURIE, J.C.P. 1957.II.9762, note OURLIAC et de JUGLART.

(75) Civ. sect. soc. 22 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, n^o 232, p. 183.

(76) Bordeaux 21 décembre 1954, D. 1955.242 et note P. ESMEIN.

ce qui a été déterminant, et que par suite les juges sont obligés de présumer que l'erreur a eu, sur la volonté du demandeur, la même influence que sur celle d'un contractant normal (77).

L'objection, pourtant, n'est peut-être pas décisive. Dans la pratique on trouve toujours des cas où, toute difficulté de preuve résolue, les problèmes de fond réapparaissent. Assurément on ne peut croire les gens sur parole, quand ils déclarent qu'ils n'auraient pas contracté s'ils avaient eu connaissance de telle ou telle circonstance. Mais d'une part il existe des indices susceptibles de constatation objective : l'usage que l'acheteur a fait d'une chose, par exemple; ou telle qualité particulière existant en la personne du demandeur en nullité et permettant de présumer que ses dispositions d'esprit n'étaient pas celles d'un individu quelconque; ou le fait qu'après avoir été détrompé il a immédiatement agi en nullité, ou au contraire a tardé à le faire. D'autre part rien n'interdit, même, pour affirmer le caractère non-déterminant de l'erreur, de retenir l'aveu qui a pu échapper à l'*errans*.

Et en effet les juges tiennent compte de tels éléments.

En matière contractuelle, il est vrai, s'agissant souvent d'intérêts matériels à l'égard desquels la psychologie humaine est relativement constante, les indices tenant à la personne ne sont pas très fréquemment relevés. A l'occasion, pourtant, on n'hésitera pas à en faire état. On relèvera, par exemple, que le caractère déterminant de l'erreur commise par un contractant est « démontré par sa réaction immédiate » lorsqu'il a découvert la vérité (78).

Mais c'est surtout à propos des demandes en nullité de mariage, fondées sur l'erreur, que les indices concrets et individuels sont mentionnés par les tribunaux, relativement au caractère déterminant de l'erreur (s'il en est ainsi, ce n'est pas pour une raison de droit, mais parce qu'en ce domaine la psychologie humaine est beaucoup moins susceptible d'être réduite à un schéma abstrait).

Pour juger, par exemple, qu'un futur conjoint n'aurait pas refusé de se marier s'il avait su que celle qu'il épousait était une divorcée, on tiendra compte, notamment, du fait qu'il était lui-même divorcé (79). Pour écarter le caractère déterminant de l'erreur, on utilisera aussi contre le demandeur ses propres déclarations, révélatrices de sa psychologie personnelle : l'un aura avoué qu'il n'attachait pas d'importance à la virginité de sa future épouse (80); tel autre indique qu'il n'a régularisé une union libre que pour permettre à sa compagne d'acquérir la nationalité française, but dont les juges ont tenu compte pour apprécier le caractère déterminant d'une erreur sur l'identité civile (81). Principes ou préférences personnelles, but particulier : on voit que les considérations subjectives sont parfois connaissables

(77) En ce sens, H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, n° 171.

(78) Cf. Civ. sect. comm. 18 juillet 1956, *Bull. civ.* 1956, III, n° 220, p. 188.

(79) Bordeaux 21 décembre 1954, *D.* 1955.242 et note P. ESMEIN.

(80) Même arrêt.

(81) Paris 12 juin 1957, *D.* 1957.571, *J.C.P.* 1957.II.10110 et note LINDON.

avec une certitude suffisante et que, quand tel est le cas, elles sont effectivement prises en considération, pour dénier le caractère déterminant à une erreur qui aurait pu être décisive pour une autre personne.

277. — Sur le terrain du fond, pourtant, les défenseurs de l'appréciation *in abstracto* élèvent une autre objection : comment l'une des parties aurait-elle pu deviner que, sans l'erreur commise par l'autre, le contrat n'aurait pas été conclu, alors que cette erreur n'était pas de nature à empêcher une personne normale de consentir? (82).

Mais la difficulté se résout d'elle-même si l'on admet, comme nous l'avons fait, que l'appréciation du caractère déterminant doit logiquement s'ajouter à celle du caractère substantiel de l'erreur. Car s'il en est ainsi, l'appréciation du caractère déterminant, loin de pouvoir constituer un facteur d'insécurité, joue au contraire au bénéfice exclusif de l'autre partie. Elle évite seulement à celle-ci d'être victime d'une mauvaise querelle, ce qui arriverait si l'on protégeait au nom de considérations abstraites quelqu'un à qui, concrètement, son erreur n'a pas nui.

278. — On peut d'ailleurs fort bien admettre que l'ordre logique de ces deux appréciations (celle du caractère substantiel et celle du caractère déterminant) soit l'inverse de celui que nous avons suivi pour des raisons de commodité, et que l'appréciation abstraite ou bilatérale du caractère substantiel constitue un remède aux inconvénients de l'appréciation subjective du caractère déterminant (et de la légitimité de l'erreur). Initialement, en effet, (nous nous plaçons sur le terrain de l'antériorité logique et non historique), la première idée qui se présente à l'esprit est de protéger le consentement de façon concrète, en modelant la protection sur la diversité des sujets à protéger; mais cette idée appelle son correctif : il est nécessaire de fixer une norme pour éviter l'insécurité qui risque d'en résulter. De là la complexité du système auquel on parvient en définitive : norme en principe concrète quant à la légitimité de l'erreur, et cumul des appréciations *in abstracto* (ou bilatérale) et *in concreto* en ce qui concerne l'importance et le rôle de l'erreur.

Cette combinaison de critères est sans doute fort compliquée; mais c'est la rançon du souci qu'ont les tribunaux de maintenir un juste équilibre entre des intérêts également dignes de considération. Toutefois le problème se pose différemment lorsque celui qui est tombé dans l'erreur a été victime de manœuvres trompeuses de la part de l'autre partie : car alors on peut protéger le consentement, de la façon la plus concrète, sans craindre d'introduire l'insécurité dans les relations juridiques. Il est donc permis de penser, *a priori*, que l'appréciation doit être plus simple, et doit serrer de plus près les données psychologiques individuelles, lorsque l'erreur, au lieu d'être spontanée, est la conséquence d'un dol.

(82) En ce sens : H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, n° 171.

Section II

L'APPRÉCIATION DU DOL

279. — Considéré en tant que vice du consentement, le dol n'est évidemment qu'une forme de l'erreur. Logiquement on doit donc retrouver ici les deux problèmes précédemment rencontrés à propos de l'erreur *stricto sensu* : d'une part, le dol peut-il être une cause de nullité lorsque le mensonge ou les manœuvres qui ont trompé un contractant n'auraient pas abusé une autre personne placée dans la même situation ? D'autre part, faut-il que l'erreur provoquée soit substantielle *in abstracto* ou suffit-il qu'elle ait été déterminante *in concreto* ?

Mais la première de ces questions ne se pose pas, ici, exactement dans les mêmes termes que lorsqu'il s'agissait de la simple erreur. Dans le dol, en effet, il n'y a pas seulement un vice du consentement ; il y a aussi une faute, dont le rôle n'est plus à souligner. Or les données individuelles qui expliquent qu'un sujet se soit laissé tromper ont également pour effet, au moins lorsqu'elles sont apparentes, de caractériser la faute du cocontractant : telle attitude qui serait admissible à l'égard d'une personne normale peut devenir franchement dolosive à l'égard d'un simple d'esprit ou d'un vieillard diminué par l'âge. Lorsque de semblables particularités seront invoquées, ce ne sera donc pas tellement pour démontrer que l'erreur était excusable, ce sera surtout pour établir que le comportement de l'autre partie était dolosif. Parler d'erreur singulière et d'erreur normale, comme on l'a fait précédemment, serait donc situer le problème trop exclusivement du côté de la victime. Mieux vaut dire que la première question qui se pose est celle de l'appréciation — *in abstracto* ou *in concreto* — du caractère trompeur des mensonges ou manœuvres invoqués. La seconde question, que l'on examinera ensuite, est celle du caractère déterminant de l'erreur provoquée.

§ 1. — LE CARACTÈRE TROMPEUR
DES MENSONGES OU MANŒUVRES

280. — Pour décider si le mensonge ou les manœuvres invoqués étaient constitutifs d'un véritable *dolus malus*, il est concevable que l'on tienne compte, d'une part, des particularités qui se rencontrent chez l'auteur prétendu du dol et, d'autre part, de celles qui existent en la personne de la victime.

Le premier de ces deux points, toutefois, n'est évoqué ici qu'incidemment, puisque les données personnelles auxquelles il se rapporte ne se rencontrent pas chez le bénéficiaire d'une protection juridique mais, au contraire, chez celui à l'encontre de qui cette protection tend à s'exercer. Aussi bien les explications générales fournies dans

la première partie, quant à l'appréciation des fautes et du contenu des devoirs, dispensent-elles de fournir ici de longs éclaircissements.

S'agissant de faute, l'appréciation *in abstracto* doit être le principe. On tiendra donc pour un *dolus bonus* celui qui est conforme aux usages (83). Mais le type de référence doit être pris, le cas échéant, comme il est de règle, dans la catégorie professionnelle du contractant considéré (84) et en tenant compte des qualités particulières apparaissant en sa personne. Un arrêt a relevé, par exemple, qu'un vendeur de tableaux, en faisant état de ses titres de « critique d'art, expert en tableaux anciens, arbitre près le Tribunal de commerce de la Seine, officier de l'Instruction publique », s'obligeait à faire preuve de compétence et de probité et s'interdisait en tout cas toute tromperie à l'égard d'un acheteur qui plaçait en lui, en raison même de ses titres, une confiance particulière (85). De même on retiendra que le vendeur d'une automobile, auquel est reprochée une réticence dolosive, est un « spécialiste du commerce des voitures d'occasion » (86). Cela est conforme aux règles ordinairement applicables en matière de détermination du contenu des devoirs et obligations.

Mais la question qui nous intéresse plus particulièrement ici est différente : c'est celle de savoir si l'appréciation du dol peut être infléchie par les particularités personnelles du contractant induit en erreur.

281. — Pour répondre à cette question, il ne suffit pas de constater que les particularités individuelles (bêtise, ignorance, etc...) sont, en fait, de nature à faciliter l'erreur. Cela est certes évident; mais il faut prendre garde que l'opposabilité de l'erreur provoquée peut dans une certaine mesure, comme celle de l'erreur spontanée, être subordonnée à l'observation d'un minimum de diligence. Or, dès que l'on introduit une norme, le problème se pose de savoir si celle-ci doit se déterminer *in abstracto* ou *in concreto*.

Il est certain, en effet, que le dol (au moins lorsque son caractère frauduleux n'est pas trop accentué) ne peut être invoqué que par ceux dont l'erreur est excusable. En un sens, on retrouve ici l'idée déjà rencontrée : *jus vigilantibus scriptum*; mais en outre celas'impose si l'on considère le dol du côté de son auteur prétendu : il n'y a pas faute à dissimuler ce que votre cocontractant serait inexcusable de ne pas savoir (87). Aussi bien les formules jurisprudentielles sont-elles

(83) Voir par exemple Riom 12 mai 1884, S. 1885.2.13 : « recommandations ou vanteries habituelles... ».

(84) Cf. *supra* n° 196.

(85) Paris 22 janvier 1953, Gaz. Pal. 1953.I.137, D. 1953.136, J.C.P. 1953.II.7435 et note J. M.

(86) Paris 13 novembre 1962, Gaz. Pal. 1963.I.247.

(87) Dans certains cas, pourtant, cette seconde raison ne joue pas : ainsi quand, en présence d'un *dolus malus* intrinsèquement blâmable, il se trouve que la victime avait été avertie par un tiers du risque qu'elle courait (cf. Trib. civ. Seine 23 juin 1955, Gaz. Pal. 1955.2, tables, v° Obligation, n°s 13-16). En ce cas la nullité est refusée par application de la seule idée que la protection juridique est réservée à ceux qui sont vigilants.

sans ambiguïté sur ce point : « L'acheteur sait qu'il se doit tenir en garde contre les prospectus, les annonces et les exagérations de valeur émanées du vendeur, et qu'il doit chercher ailleurs et dans un examen personnel de l'objet vendu les motifs déterminants de son achat » (88); « C'est à l'acheteur à savoir s'en défendre (des exagérations du vendeur) pour ne pas en devenir la dupe trop facile » (89); sinon, il « ne peut s'en prendre qu'à lui-même de son défaut de vérification » (90); et on lui refusera la nullité, même en présence d'exagérations « réprouvées par la morale et l'honnêteté », si son erreur tient « à sa propre légèreté et à son incroyable imprudence » (91). Pareillement, à propos de la réticence, il est jugé que celle-ci « suppose le silence gardé par le cocontractant sur une circonstance ou un fait que son cocontractant était excusable de ne pas connaître » (92). De même, d'ailleurs, les décisions qui estiment le dol établi relèveront, à l'occasion, que ceux qui en ont été victimes « étaient fondés à se fier » aux promesses qui leur étaient faites (93), ou que leur erreur était « excusable » (94).

282. — Mais s'il est raisonnable d'imposer ainsi une certaine norme de diligence, l'existence de cette norme n'implique nullement un recours à l'appréciation *in abstracto*. Comme dans le cas de l'erreur spontanée, on tient compte, au contraire, des particularités existant chez celui qui a été abusé (95). Cela est même d'autant plus nécessaire, à propos du dol, que l'auteur de celui-ci est particulièrement blâmable lorsqu'il a induit en erreur un cocontractant sans défense.

Aussi de nombreuses décisions prennent-elles soin de relever les données personnelles qui prédisposaient la victime à se laisser abuser. Souvent, d'ailleurs, les notations de ce genre interviennent simplement dans la recherche du fait, pour établir que le consentement du demandeur a été réellement infléchi. Mais en démontrant ce fait par de telles considérations, les tribunaux manifestent clairement que le dol peut être invoqué même par ceux qui n'y ont pas opposé la résistance d'une personne normale et avisée.

Les données personnelles dont il est ainsi fait état sont les mêmes que dans le cas de l'erreur spontanée : affaiblissement des facultés mentales (96) ou physiques, notamment du fait de l'âge (97) ou de

(88) Paris 29 janvier 1861, maintenu par Req. 14 juillet 1862, D.P. 1862.1.429, S. 1862.1.849.

(89) Riom 12 mai 1884, S. 1885.2.13.

(90) Orléans 24 mai 1883, D.P. 1884.2.148.

(91) Nancy 15 mai 1869, S. 1869.2.179.

(92) Civ. sect. soc. 1^{er} avril 1954, J.C.P. 1954.II.8384 et note J. LACOSTE.

(93) Trib. civ. Auxerre 19 décembre 1951, D. 1952.153, 2^e espèce.

(94) Paris 13 novembre 1962, Gaz. Pal. 1963.1.247.

(95) Voir notamment sur ce point la note de M. BRETON sous Civ. 30 mai 1927, S. 1928.1.105.

(96) Civ. 1^{re} sect. 15 juin 1954, J.C.P. 1954.IV.109.

(97) Req. 13 décembre 1875, S. 1876.1.78, D.P. 1876.1.176; Req. 13 janvier 1885, S. 1885.1.302; Paris 22 mars 1952, Gaz. Pal. 1952.2.102 (personne « âgée et infirme »).

la maladie (98), faiblesse d'esprit (99), ignorance ou inexpérience (100), caractère, éducation... (101). Toutes les particularités individuelles, dès lors qu'elles peuvent être constatées avec une certitude suffisante, sont ainsi susceptibles d'être prises en considération (102).

283. — L'appréciation du caractère trompeur des mensonges ou manœuvres s'opère donc *in concreto* (103). Et cela ne saurait surprendre : le cas du dol est particulièrement favorable à une appréciation purement concrète, dans la mesure où celui qui supporte les conséquences de l'annulation s'y est lui-même exposé par son manque de loyauté.

Pour la même raison, on comprendra que, en ce qui concerne l'importance et le rôle de l'erreur provoquée, il y ait lieu de se borner à une appréciation concrète du caractère déterminant de cette erreur, sans avoir à exiger qu'elle porte sur une qualité substantielle.

(98) Req. 10 février 1926, S. 1926.1.59 (« état de santé lamentable »); Req. 27 juin 1939, S. 1940.1.39 (« état d'impotence » d'un homme « malade et alité »). Rapp., pour une personne incapable de lire sans lunettes : Civ. sect. civ. 4 janvier 1949, D. 1949.135, Gaz. Pal. 1949.1.145.

(99) Rennes 30 mai 1839, sous Req. 5 août 1840, S. 1840.1.907; Req. 11 mars 1862, S. 1863.1.136.

(100) Req. 13 janvier 1885, précité (femme « complètement ignorante des affaires »); Req. 31 décembre 1901, S. 1902.1.399 (jeunesse et inexpérience); Req. 30 avril 1902, S. 1906.1.307 (individus « illettrés ou presque illettrés »; rapp., *a contrario*, Riom 12 mai 1884, S. 1885.2.13, qui dénie le dol en relevant notamment que les prétendues victimes étaient « tous gens lettrés »); Civ. 4 novembre 1913, Gaz. Pal. 1913.2.514, D.P. 1914.1.134, S. 1914.1.259 (jeunesse et inexpérience); Req. 10 février 1926, précité (femme « sans aucune expérience des affaires »); Trib. civ. Seine 16 novembre 1951, D. 1952.153, 1^{re} espèce (« simple concierge... sans connaissances suffisantes »); Paris 22 mars 1952, précité (« inexpérience » d'une religieuse); Paris 22 janvier 1953, Gaz. Pal. 1953.1.137, D. 1953.136, J.C.P. 1953.II.7435 et note J. M. (acheteur « non averti » et « sans aucune expérience »). Rapp. Paris 13 novembre 1962, Gaz. Pal. 1963.1.247 (« acheteur moins expérimenté que le négociant »). Et voir aussi, *a contrario*, Paris 11 octobre 1962, D. 1963.288 (dol dénié, à propos d'un homme qui « a depuis longtemps atteint l'âge de la maturité et que sa profession... n'a certainement pas tenu éloigné de la vie des affaires »).

(101) Cf. Trib. civ. Pont-l'Évêque 23 décembre 1954, J.C.P. 1955.IV.55.

(102) Les espèces précitées sont relatives au dol en matière contractuelle. *A fortiori* appréciera-t-on *in concreto* en matière de libéralités (l'affaiblissement intellectuel dû à l'âge, en particulier, explique souvent qu'un testateur se soit laissé surprendre par le dol). Voir par exemple : Aix 11 août 1840, maintenu par Req. 22 décembre 1841, S. 1843.1.54; Req. 16 mars 1875, S. 1877.1.117; Req. 19 juin 1877, S. 1878.1.271; Req. 2 janvier 1878, S. 1878.1.103 (sourd-muet); Req. 5 janvier 1920, S. 1920.1.256 (« intelligence obscurcie par des excentricités de caractère »); Bordeaux 5 mai 1931, Gaz. Pal. 1931.2.252, S. 1932.2.15; Nîmes 11 juin 1945, Gaz. Pal. 1945.2.51.

(103) C'est ce que suggère — pris à la lettre — l'article 1116 al. 1^{er} du Code civil. Mais il semble que, dans ce texte, le législateur ait plutôt envisagé la question du caractère déterminant de l'erreur provoquée (voir la note suivante).

§ 2. — LE CARACTÈRE DÉTERMINANT DE L'ERREUR PROVOQUÉE (104)

284. — Le Code civil ne subordonne pas la nullité, dans le cas du dol, aux mêmes conditions restrictives que dans le cas de la simple erreur. Il n'exige pas, notamment, que le dol ait porté sur une qualité substantielle — condition qui inclinerait à raisonner *in abstracto*, ou du moins en fonction de la psychologie des deux parties —; il faut seulement que son caractère déterminant soit établi. Selon les termes de l'article 1116, alinéa 1^{er}, « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

En présence de ce texte, il apparaît d'emblée que l'appréciation du caractère déterminant est la seule qui soit ici nécessaire, à l'exclusion de toute appréciation du caractère substantiel de l'erreur provoquée. Aussi la jurisprudence est-elle parfaitement nette à cet égard. A un vendeur qui prétend que l'erreur ne portait pas sur une qualité substantielle, la Cour de cassation répond : « que la Cour d'appel, relevant... à bon droit que de tels artifices avaient surpris par dol le consentement de l'acquéreur, pouvait prononcer la nullité du contrat sans que l'erreur qui en résultait portât sur les qualités substantielles de la chose » (105).

285. — Mais, en outre, les termes mêmes de l'article 1116 alinéa 1^{er} imposent de procéder, en ce qui concerne le caractère déterminant de l'erreur provoquée, à une appréciation *in concreto*, en fonction des dispositions psychologiques de la victime même du dol (autrement on en reviendrait d'ailleurs, en réalité, à une appréciation du caractère substantiel de l'erreur).

Aussi bien est-ce à une telle recherche concrète que s'efforcent de procéder les tribunaux, le recours à la psychologie commune ne jouant que le rôle d'une simple présomption de fait. Ce qui compte, c'est l'influence exercée sur la décision d'un individu réel et précis : « Attendu que, dans l'espèce, il est constaté, en fait, que B..., l'une des parties contractantes, n'a donné son consentement au traité litigieux que sous l'influence des manœuvres dolosives de L... » (106); « Attendu que la Cour d'appel... déclare que les faits imputés par A...

(104) C'est à dessein que nous ne disons pas « le caractère déterminant du dol », — formule que l'on pourrait juger plus simple. En effet nous abordons ici la question de savoir s'il faut donner effet à l'erreur provoquée lorsque, commise par une personne quelconque, elle n'aurait pas déterminé le consentement de celle-ci. Il faut bien distinguer cette question de celle envisagée dans le § 1^{er} : peut-on donner effet au dol qui n'aurait pas déterminé l'erreur chez une personne quelconque? Quant on parle du caractère déterminant du dol, on est exposé à ne pas distinguer clairement ces deux questions.

(105) Civ. sect. comm. 19 décembre 1961, D. 1962.240.

(106) Req. 31 décembre 1901, S. 1902.1.399.

à B... comme manœuvres constitutives du dol n'ont pas déterminé le consentement de celui-ci et qu'aucune relation de cause à effet n'existe entre ces faits et la décision d'A... d'acquiescer... » (107); « Attendu que le jugement attaqué... constate que la qualité d'épouse légitime de dame H... n'a pas été en l'espèce déterminante du consentement de la bailleresse... » (108) : il paraît bien inutile de multiplier des citations aussi banales, les arrêts se référant invariablement à l'influence exercée par le dol sur le consentement de celui-là même qui l'invoque. Tout au plus faut-il observer que cela conduira, le cas échéant, à relever diverses circonstances particulières à la victime : fortune (109), profession (110), etc...

286. — Il apparaît ainsi que le dol, envisagé comme vice du consentement, est un terrain d'élection pour l'appréciation *in concreto*. Celle-ci joue non seulement lorsqu'il faut décider si le dol devait déterminer l'erreur, mais également quand il s'agit de savoir si l'erreur ainsi provoquée a dû déterminer le consentement. Et cela se comprend parfaitement, aucun problème de sécurité juridique ne pouvant se poser dans le cas où l'annulation d'un contrat est demandée à l'encontre de l'auteur d'une tromperie; or, on sait que le dol, à la différence de la violence, ne peut conduire à faire annuler le contrat que s'il émane du cocontractant lui-même.

Est-ce à dire que l'appréciation doive être plus abstraite lorsque c'est la violence, et non plus le dol, qui est alléguée? C'est la question à laquelle il reste à répondre, pour achever l'examen de l'appréciation des vices du consentement.

Section III

L'APPRÉCIATION DE LA VIOLENCE

287. — Il n'y a pas lieu, en ce qui concerne le vice de violence, de distinguer les deux problèmes précédemment rencontrés à propos de l'erreur et du dol. Pour ces deux vices du consentement, on pouvait en effet concevoir qu'une fausse apparence, ou qu'une tromperie, induise un contractant normal en erreur, sans pourtant que cette erreur ait un effet décisif sur son consentement. La violence, au contraire, ne peut avoir cet effet mitigé : ou bien elle ne produit aucune

(107) Req. 24 novembre 1930, Gaz. Pal. 1930.2.992.

(108) Civ. sect. soc. 23 février 1961, J.C.P. 1961.II.12261.

(109) Cf. Req. 13 janvier 1885, S. 1885.1.302 (« contrat ruineux où toute sa modique fortune était engagée »); Pau 17 décembre 1953, Gaz. Pal. 1954.1.86 (« G... — qui... n'est qu'un petit entrepreneur artisan — n'aurait pas consenti un cautionnement de cette importance s'il avait été informé des faits... »).

(110) Voir par exemple Req. 21 juillet 1886, S. 1887.1.316.

conséquence, ou bien elle est déterminante. Le problème qui se pose ici ne se dédouble donc pas à la manière des précédents. Il s'agit uniquement de savoir si le caractère déterminant de la violence doit s'apprécier *in abstracto* ou *in concreto*.

Il faut observer, pourtant, que des éléments psychologiques très divers commandent ce rôle déterminant de la violence. Si un individu donné cède à une pression qui n'aurait pas infléchi le consentement d'une personne normale, ce peut être, bien entendu, par manque de caractère et de force d'âme; mais ce peut être aussi par manque d'intelligence et de jugement (le sujet a tenu pour grave ou probable un danger dont un esprit avisé aurait discerné le peu de gravité ou l'improbabilité); ce peut être, encore, en raison de dispositions affectives particulières (cas où la menace visait une personne qui lui était chère, *in concreto*, mais dont on aurait pensé *a priori*, dans l'abstrait, qu'elle ne le touchait pas de très près). En théorie, on pourrait donc poser le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*, séparément, d'une part quant au courage requis, d'autre part sur le terrain de l'intelligence, enfin en ce qui concerne les données affectives. Mais le droit positif n'entre pas dans ces distinctions.

288. — Chacun sait cependant que le texte légal présente, en cette matière, quelque ambiguïté. D'après le premier alinéa de l'article 1112, « il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »; une telle formule, prise à la lettre, inciterait évidemment à introduire un élément abstrait dans l'appréciation. Mais l'alinéa 2 du même article apporte un correctif capital : « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes » (autant de données concrètes). D'un point de vue exégétique, on peut concevoir diverses conciliations entre ces dispositions qui paraissent inspirées d'un esprit opposé. Certains ont pensé qu'il suffisait que la violence ait été déterminante soit *in abstracto*, soit *in concreto* (111); mais il n'est jamais logique de faire jouer l'appréciation *in abstracto* au profit de celui qui demande la nullité : quand il est constant que, quelle que fût la gravité de la menace, ce n'est pas elle qui a déterminé le consentement, la nullité n'a aucun fondement rationnel. D'autres diront qu'il faut avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition de la victime, à l'exclusion de toute autre considération personnelle; mais n'est-ce pas bien arbitraire? On pourrait également soutenir, en fonction des distinctions précédemment faites, que le type de référence doit être abstrait sur le terrain de l'intelligence et du jugement, mais individualisé sur le terrain du caractère (une personne « raisonnable » peut être dépourvue de courage...); mais il est clair qu'une circonstance comme l'âge peut affecter le jugement aussi bien que la volonté.

(111) Cf. COLMET DE SANTERRE, Cours analytique de Code civil, t. V, n° 22 bis.

En réalité, il est certain que le législateur a entendu faire prévaloir, en ce domaine, l'appréciation *in concreto*. Certes le droit romain, envisageant la violence comme un délit plutôt que comme un vice du consentement, et subissant au surplus l'influence de la philosophie stoïcienne, exigeait qu'elle fût de nature à faire fléchir la volonté chez un homme très courageux (« *in homine constantissimo* », selon la célèbre formule de Gaius); mais les auteurs de l'ancien droit avaient déjà critiqué cette conception abstraite. « Il est juste — écrivait Domat — de protéger aussi les plus faibles et les plus timides : et c'est même pour eux principalement que les lois punissent toutes sortes de voies de fait, et d'oppressions » (112). C'est la même idée qu'exprimait Pothier, par la formule même qu'ont reprise les rédacteurs du Code civil : « On doit en cette matière avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes » (113). Aussi bien tous les auteurs s'accordent-ils, de nos jours, pour admettre que l'appréciation doit s'opérer exclusivement *in concreto* (114).

Est-ce à dire qu'il faille négliger complètement les termes de l'article 1112 alinéa 1^{er}, tenus pour un maladroit emprunt aux conceptions dépassées du droit romain? Il semble, malgré tout, qu'on puisse leur reconnaître encore la portée suivante : comme tout autre vice du consentement, la violence ne doit pas pouvoir être invoquée par celui qui y a cédé de façon inexcusable, alors que subjectivement il pouvait parfaitement y résister. Celui qui n'a fait aucun effort pour dominer sa crainte, celui qui a cédé à une menace dérisoire alors qu'il était capable de se conduire en homme raisonnable, ne méritent aucune protection. La référence à une personne raisonnable demeure donc valable pour ceux qui sont capables de raisonner sainement; même l'exigence d'un mal considérable se justifie dans la mesure où c'est pure veulerie que d'avoir cédé à la crainte d'un mal dont, subjectivement, on pouvait voir la faible gravité (115). L'appréciation *in concreto* doit certes prévaloir, mais elle ne consiste pas à rechercher uniquement si le consentement a été, en fait, infléchi; une norme, ici comme ailleurs, doit être imposée; seulement cette norme se détermine *in concreto*, en fonction des facultés de chacun (116).

(112) Les lois civiles dans leur ordre naturel, liv. I, tit. XVIII, sect. 2; cité par H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, n° 204.

(113) Traité des obligations, n° 25.

(114) Voir notamment : AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 6^e éd., t. IV, § 343 bis et note 16; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, Des obligations, 3^e éd., t. I, n° 74; DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. I, n° 313; PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. VI par P. ESMEIN, n° 192; H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, n° 204; A. BRETON, La notion de violence en tant que vice du consentement, thèse Caen 1925, p. 83 et s., et note au S. 1926.1.121; G. HOLLEAUX, note au D. 1960.188, § 1.

(115) Nul n'est si faible, par exemple, qu'il ne puisse, en prenant sur lui, résister à la simple crainte révérencielle que lui inspirent ses ascendants : cf. art. 1114 C. civ.

(116) Au fond nous en revenons à la conception de MARCADÉ (Explication du Code civil, 5^e éd., t. IV, n° 411, cité par A. BRETON, note sous Req. 17 novembre 1925, S. 1926.1.121) : « Il n'est pas nécessaire... que le moyen ait pu faire impression sur

289. — Ainsi entendue, l'appréciation *in concreto* triomphe incontestablement en droit positif, quand il s'agit d'apprécier la violence (117).

Sans doute certaines décisions anciennes ont-elles raisonné abstraitement, en se référant à la « personne raisonnable » visée par l'article 1112 alinéa 1^{er} (118), ou en relevant, à la mode romaine, que la violence constatée en l'espèce était « capable d'intimider l'esprit le plus ferme » (119). Mais depuis longtemps les tribunaux ont renoncé à cette sévérité. Certes ils admettent encore que le simple « ascendant » ou la simple « emprise » morale exercée sur la volonté ne constitue pas la violence au sens de l'article 1112 du Code civil (120). Ils affirment encore, à l'occasion, que la violence doit être assez grave pour paralyser la volonté de celui qui la subit (121). Parfois ils jugent utile d'observer que la menace, en l'espèce, a été « irrésistible » pour celui qui y a succombé (122). Mais de tels motifs, s'ils s'accordent avec l'idée selon laquelle il existe un certain devoir de résistance à l'égard de la violence, ne font aucunement obstacle à l'appréciation *in concreto*. Il est constant que les tribunaux tiennent compte de toutes les données personnelles qui expliquent que le sujet considéré ait cédé à la pression exercée sur lui, ou qui conduisent à penser, au contraire, que cette pression ne devait pas être décisive.

290. — Pour certaines de ces données personnelles, à vrai dire, l'hésitation n'était pas sérieusement permise : ce sont celles qui contribuent à créer ou à exclure, objectivement, la gravité de la menace. La situation d'un homme d'affaires, par exemple, peut, de façon objective, rendre la menace d'une incarcération plus grave, pour lui, qu'elle ne le serait pour une autre personne (123). A l'inverse, la simple menace d'un procès peut être jugée peu grave pour un « homme fortuné et

une personne raisonnable; il suffit que, d'après les circonstances d'âge, de sexe, d'éducation, de caractère, d'habitudes, etc., de la personne dont il s'agit, ce moyen ait dû raisonnablement faire impression sur elle ».

(117) Cf. A. BRETON, La notion de violence en tant que vice du consentement, thèse Caen 1925, spécialement p. 83 et s.

(118) Voir par exemple Pau 22 août 1833 (sous Req. 4 novembre 1835, S. 1836.1.948), qui remonte péremptoirement à la victime qu'il ne faut jamais s'alarmer de menaces!

(119) Req. 17 août 1865, S. 1865.1.399 (encore cette formule n'est-elle pas décisive, puisque précisément la violence avait été admise en l'espèce).

(120) Angers 19 mars 1956, D. 1957.22 et note J. PRÉVAULT.

(121) Voir (en matière de mariage) Aix 29 novembre 1932, Gaz. Trib. 1933, 1^{er} sem., 2.107; Gaz. Pal., tables quinq. 1930-1935, v^o Mariage, n^o 28. Rapp. Civ. 1^{re} sect. 3 novembre 1959, D. 1960.187 et note G. HOLLEAUX (la crainte inspirée à une partie contractante était « assez grave pour lui ôter sa libre volonté »).

(122) Cf. Paris 2 décembre 1952, Gaz. Pal. 1953.1.320 et concl. COMBALDIEU.

(123) Cf. Bordeaux 1^{er} août 1864, sous Req. 17 août 1865, S. 1865.1.399 (l'arrêt relève que la menace était « inquiétante pour le crédit d'un homme engagé dans d'aussi grandes entreprises, auxquelles, à peine de ruine, sa présence et sa direction sont indispensables »).

habitué aux affaires » (124). Mais ce sont là, en réalité, des données externes et objectives, dont on devrait tenir compte même dans une appréciation abstraite.

291. — Mais la jurisprudence va plus loin. Elle n'hésite pas à prendre en considération les données personnelles qui inclinent une partie (nous raisonnons pour l'instant en matière contractuelle) à concevoir des craintes peu fondées, ou à céder à la crainte alors qu'une personne normalement courageuse y aurait résisté.

Parfois c'est à l'âge de la victime que l'on aura égard. Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Paris, annulant pour cause de violence une vente consentie par une octogénaire, relève expressément que le consentement n'aurait pas été donné par « un vendeur moyen dont la volonté n'est pas affaiblie par l'âge », mais que l'abus d'autorité était « irrésistible pour une femme âgée » (125).

Parfois on relèvera que la victime était une personne « inexpérimentée » (126). Ou bien l'on tiendra compte de sa classe sociale, c'est-à-dire, très exactement, de la « condition des personnes ». Les motifs relatifs à la condition paysanne se rencontraient, notamment, à l'époque où l'instruction était encore peu répandue dans les campagnes. On lit dans un arrêt de 1881 : « Cet homme de la campagne, mis en présence du directeur d'une grande compagnie, devait être vivement impressionné... » (127); de même un jugement de 1911 (128) relève que le contractant en cause était « un homme de la campagne à peu près illettré » (129).

Toutes les circonstances personnelles qui peuvent être de nature à diminuer la résistance morale ou intellectuelle sont ainsi susceptibles d'être prises en considération. Un arrêt de cour d'appel a même assimilé à la violence la « contrainte irrésistible » résultant d'une obsession malade, — donc d'origine purement interne (130). Dans un autre ordre d'idées, il est probable que les tribunaux auraient égard également aux liens affectifs tels qu'ils existent concrètement, et ne tiendraient pas pour limitative l'énumération de l'article 1113 du Code

(124) Caen 25 juin 1924, maintenu par Req. 17 novembre 1925, S. 1926.1.121 et note A. BRETON.

(125) Paris 2 décembre 1952, Gaz. Pal. 1953.1.320 et concl. COMBALDIEU. Voir également Civ. sect. comm. 28 avril 1953, Bull. civ. 1953, III, n° 151, p. 104; Trib. civ. Cholet 9 mai 1956, J.C.P. 1957.IV.48.

(126) Civ. 1^{re} sect. 3 novembre 1959, D. 1960.187 et note G. HOLLEAUX.

(127) Rouen 15 juillet 1881 S. 1881.2.243.

(128) Trib. civ. Rennes 11 juillet 1911, sous Rennes 20 juillet 1912, Gaz. Pal. 1912.2.497.

(129) Il est même arrivé qu'à l'inverse, de façon plus paradoxale, on relève la « condition supérieure » et l'habitude des responsabilités comme des circonstances de nature à expliquer que les personnes en cause aient cédé à la menace (Trib. civ. Nantes 6 janvier 1956, Gaz. Pal. 1956.1.61).

(130) Dijon 28 avril 1931, D.H. 1931.371, S. 1931.2.178 (en l'espèce les juges n'ont pas pensé pouvoir raisonner sur le terrain de l'absence de consentement, faute de démence véritable).

civil, qui prévoit seulement la menace pesant sur les conjoints, ascendants et descendants (131).

292. — Les données personnelles sont aussi retenues, de la même manière, lorsqu'il s'agit d'apprécier la violence comme vice du consentement en matière de mariage. En ce domaine également la jurisprudence pose en principe qu'il faut apprécier la violence eu égard à la personne qui en a été victime (132), en tenant compte du caractère (133), de l'ignorance ou de l'état d'infériorité de la partie considérée (134). On aura donc égard, par exemple, au fait qu'un jeune homme était « affaibli moralement et physiquement » (135); ou l'on accueillera la demande en nullité tout en relevant que d'autres hommes, en butte aux mêmes menaces, y avaient résisté victorieusement (136).

293. — A plus forte raison les données personnelles sont-elles retenues lorsqu'il s'agit de libéralités. Même au XIX^e siècle, où l'on admettait assez volontiers une appréciation relativement abstraite de la violence dans les contrats, tous les auteurs précisaient qu'il ne pouvait en être de même en matière de donations ou de testaments (137). Dans ce cas, en effet, (outre que l'art. 1112 C. civ. n'est pas directement applicable) la sécurité du commerce juridique n'est pas en cause, et au surplus les manœuvres d'intimidation s'exercent presque toujours à l'encontre de personnes affaiblies par l'âge ou la maladie. Aussi bien la jurisprudence a-t-elle toujours tenu compte de ces données physiques ou psychiques particulières (138), de la façon la plus large. En l'absence d'une véritable intention libérale, il ne saurait être question de maintenir une libéralité, même si le disposant a fait montre de la plus grande faiblesse.

294. — En matière contractuelle, en revanche, il reste permis de se demander si l'appréciation *in concreto*, indiscutablement juste lorsque la violence émane du cocontractant, n'est pas de nature à créer, dans le cas contraire, une certaine insécurité juridique. Mais en toute hypothèse on peut tenir pour décisif l'argument de nos anciens auteurs,

(131) En ce sens : H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, n° 205.

(132) Lyon 21 mars 1949, S. 1949, tables, v^o Mariage, n° 1.

(133) Aix 29 novembre 1932, Gaz. Trib. 1933, 1^{er} sem., 2.107.

(134) Trib. civ. Montpellier 16 juillet 1946, Gaz. Pal. 1946.2.183.

(135) Même décision. De ce jugement, nous extrayons encore le motif suivant, typique de l'appréciation *in concreto* : « Si l'on ne peut réellement affirmer que le colonel ait menacé K... avec un revolver, on peut toutefois retenir... que K... s'est cru menacé ».

(136) Lyon 21 mars 1949, précité.

(137) Cf. DEMOLOMBE, Donations et testaments, t. I, n° 300; LAURENT, Principes de Droit civil, t. XI, n° 129; AUBRY et RAU, 5^e éd., t. X, § 654; BAUDRY-LACANTINIERE et COLIN, Donations et testaments, 3^e éd., t. I, n° 264.

(138) Jurisprudence constante. Voir par exemple : Bordeaux 8 mai 1860, S. 1860.2.433, D.P. 1860.2.129; Req. 19 juin 1877, S. 1878.1.271; Req. 27 janvier 1919, S. 1920.1.198.

selon lequel ce sont précisément les plus faibles et les plus impressionnables qui ont surtout besoin, en ce domaine, de la protection du droit. Il est donc normal que l'appréciation *in concreto* trouve ici, comme dans le cas du dol, un champ d'application exclusif.

295. — *Conclusion du chapitre.* — Si l'on considère dans son ensemble l'appréciation des vices du consentement, il apparaît donc que la prédominance de l'appréciation *in concreto* est, en ce domaine, incontestable, sous réserve de l'élément abstrait qui peut être introduit par l'appréciation du caractère substantiel de l'erreur. On ne se demande pas, en principe, si un homme avisé et normal aurait été abusé, ou aurait cédé à la crainte, mais si le sujet en cause, compte tenu de ses particularités personnelles, devait céder aux apparences ou aux pressions pesant sur son consentement. Tout au plus faut-il rappeler que cette appréciation *in concreto* ne se réduit pas toujours uniquement à rechercher si le consentement a été, en fait, infléchi; il faut, semble-t-il, — du moins en matière contractuelle — que le sujet ne se soit pas laissé abuser ou dominer de façon inexcusable. Mais la norme qui lui est ainsi imposée se détermine, indubitablement, *in concreto*.

296. — Ce recours à l'appréciation *in concreto* contraste avec le principe d'appréciation *in abstracto* dégagé antérieurement à propos de la faute. Il semble donc que l'on ne puisse réduire le hiatus dont on envisageait la possibilité au début de cette étude : une erreur due à la bêtise, une lâcheté due à la faiblesse, constituent tantôt une faute (*in abstracto*), tantôt — si elles ont vicié le consentement — un titre à la protection du droit.

Mais l'explication de cette apparente dissonance n'est plus impossible à discerner. Celui qui se prévaut de sa faiblesse ou de son manque d'intelligence, dans le domaine des vices du consentement, ne prétend pas à autre chose qu'à faire réparer les conséquences anormales que cette donnée individuelle a provoquées à son propre détriment. En annulant le contrat à la suite d'une appréciation *in concreto*, le juge efface les effets de l'attitude anormale, remet les choses en l'état où elles auraient été si le demandeur avait opposé aux circonstances une résistance normale et raisonnable. Bien loin de s'opposer à la démarche suivie en matière de responsabilité, cette façon de procéder présente au contraire avec elle une analogie certaine : dans l'un et l'autre cas, il y a réparation des effets de l'attitude anormale.

A cela on peut certes objecter que l'annulation, si elle efface le dommage subi par celui qui l'obtient, n'en est pas moins de nature à nuire à celui contre qui elle est prononcée, et qui peut être exempt de tout reproche. Mais le dommage subi par le cocontractant, à la suite du vice anormal du consentement, ne peut être confondu avec la perte des avantages escomptés du contrat (puisque, si le sujet avait résisté normalement à l'erreur ou à la crainte, la convention ne se serait pas formée et le cocontractant n'en aurait donc pas non plus profité). Si donc il se trouve que le demandeur en nullité a commis

une faute lorsqu'il a contracté par erreur ou par crainte, la réparation adéquate de cette faute ne serait aucunement fournie par le maintien du contrat (résultat auquel conduirait en ce cas l'appréciation *in abstracto* des vices du consentement). Ce maintien ne serait autre chose qu'une peine privée, sanction excessive pour une faute quelconque (139).

L'appréciation des vices du consentement, même quand ceux-ci procèdent d'une faute de celui qui en est victime, ne saurait donc se modeler sur l'appréciation ordinaire des fautes; car le refus de l'annulation constitue une sanction exorbitante, qui ne se justifie qu'au cas où la faute est véritablement sans excuse.

297. — Il n'y a pas lieu de s'étonner davantage de ce que l'appréciation des vices du consentement, dans la mesure où elle s'opère *in concreto*, contraste aussi avec celle de l'apparence. On a déjà souligné (140), en effet, que ceux qui se prévalent de l'apparence réclament le bénéfice d'une sorte de *faveur* juridique, justifiée par le souci d'éviter l'insécurité, mais dont on ne comprendrait pas que, par le jeu d'un critère subjectif, elle engendre à son tour une insécurité inverse. La théorie des vices du consentement, au contraire, n'a rien d'une faveur dérogatoire; elle procède directement du principe originaire de l'autonomie de la volonté, qui implique référence à la psychologie concrète; il faudrait donc des raisons beaucoup plus graves pour en limiter le jeu, systématiquement, par une norme abstraite.

298. — Le domaine des vices du consentement est d'ailleurs loin d'être le seul où la nécessité logique de l'appréciation *in concreto* l'emporte sur les inconvénients qui peuvent en résulter du point de vue de la sécurité juridique. A plus forte raison verra-t-on le concret l'emporter sur l'abstrait lorsque l'appréciation intervient, non plus à propos des conditions psychologiques d'une protection juridique, mais simplement pour mesurer une telle protection à la situation du créancier qui en bénéficie.

(139) Sur l'idée d'une réparation de la faute par le maintien du contrat, voir notamment G. DEREUX, De l'interprétation des actes juridiques privés, thèse Paris 1905, p. 224 et s.; à propos du cas de l'erreur fautive, voir spécialement l'analyse de M. GHESLIN, *op. cit.*, n° 110. Nous ne voyons pas d'objection majeure à l'idée d'une responsabilité de la victime de l'erreur; mais nous croyons que le préjudice subi par le cocontractant doit se mesurer, selon une formule de IHERING, à « l'intérêt négatif » qu'il aurait eu à ce que la convention viciée ne fût point conclue.

(140) Voir *supra*, n° 247.

TITRE II

L'APPRÉCIATION

DE LA SITUATION DU CRÉANCIER, MESURE D'UNE PROTECTION JURIDIQUE

299. — Si l'on veut dispenser une égale protection à des individus différents, inégalement démunis ou vulnérables, les moyens d'y parvenir ne peuvent être déterminés de façon uniforme. Les précautions qui sont propres à assurer la sécurité d'un adulte peuvent être tout à fait insuffisantes à l'égard d'un enfant. La contribution qui permet à une personne quelconque de subvenir à ses besoins risque de ne pas suffire à un malade dont l'état nécessite des soins onéreux. La somme qui réparerait convenablement le préjudice causé par un accident à un individu normal, peut être insuffisante pour indemniser celui qui, du fait qu'il était spécialement vulnérable, a été lésé d'une façon particulièrement grave. Dans de tels cas, on voit que l'obligation imposée dans un souci de protection devrait, pour atteindre pleinement son but, avoir un contenu variable selon les particularités personnelles de ceux en faveur de qui elle est instituée.

300. — Il faut, toutefois, mettre à part le cas des devoirs et obligations de diligence qui, vu la complexité des circonstances et le caractère caché ou imprévisible de nombreuses particularités humaines, ne sauraient être infléchies par toutes les données individuelles existant chez ceux qui en bénéficient. Lorsqu'il s'agit de déterminer la diligence due par une personne, les particularités existant chez autrui ne sont ni systématiquement retenues, ni systématiquement méconnues; elles sont traitées exactement comme toutes les autres circonstances extérieures au sujet de l'obligation : leur rôle dépend du point

de savoir si un homme avisé aurait été amené à en tenir compte. Il ne se pose donc pas, alors, de problème original, et l'on ne parle pas, à ce propos, d'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*.

A cet égard il faut donc, loin de tout esprit de système, résoudre chaque cas particulier à la lumière de la raison. Mis en présence d'une personne déterminée, dont il constate les déficiences particulières, un homme raisonnable tient compte, évidemment, de ces déficiences. L'automobiliste qui voit un vieillard ou un infirme traverser la rue, ou un enfant jouer au bord de la chaussée, doit s'attendre à ce que ceux-ci n'aient pas exactement les mouvements d'une personne quelconque, — et ralentir en conséquence (1). Le notaire doit s'acquitter de son devoir de conseil en ayant égard, le cas échéant, à l'ignorance ou à l'inexpérience particulières de ceux qui s'adressent à lui (2). Le médecin doit évidemment tenir compte du tempérament de chaque malade, dût-il même s'écarter, pour cela, des règles consacrées par l'usage pour le traitement de la maladie (3). Un instituteur doit savoir prendre garde au caractère particulier d'un enfant qu'il connaît (4). Un moniteur sportif doit adapter les exercices qu'il dirige au degré d'expérience de ses élèves (5). Un employeur qui connaît l'état de santé déficient d'un ouvrier ne doit pas le faire travailler dans des conditions trop rudes pour lui (6). Il va de soi qu'on pourrait multiplier sans fin de tels exemples (7); mais cela ne prouve nullement que la référence aux données individuelles soit illimitée et inconditionnelle.

(1) Dans de tels cas, il est vrai, c'est l'article 1384 al. 1^{er} qui sera généralement invoqué. Mais en écartant ou en admettant la cause étrangère imprévisible et irrésistible, le juge se livre, malgré tout, à une appréciation de diligence. Voir, à titre d'exemples : Civ. 2^e sect. 26 janvier 1961, Bull. civ. 1961, II, n° 84, p. 59 (l'automobiliste ne s'était pas approché à moins d'un mètre de la victime, « distance suffisante, même compte tenu de l'âge et de l'infirmité de celle-ci »); Civ. 2^e sect. 6 juillet 1961, Bull. civ. 1961, II, n° 550, p. 388 (« Attendu que l'arrêt énonce que B... avait, certes, aperçu le jeune S... courant sur le trottoir, large de 5 mètres, mais qu'il était en droit d'estimer, qu'en raison de la corpulence et de la taille de celui-ci, il ne se trouvait pas en présence d'un enfant pouvant s'aventurer, inconsidérément, sur la chaussée d'une voie à circulation intense et dont la seule présence doit inciter à un surcroît de prudence... »). Voir également Colmar 10 juin 1938, Gaz. Pal. 1938.2.381, S. 1938.2.195 (aveugle traversant la chaussée), et les décisions citées *supra* n° 27, notes 41 à 48.

(2) Req. 6 février 1899, D.P. 1899.1.271; Req. 26 avril 1904, D.P. 1904.1.304; Civ. 9 novembre 1904, D.P. 1905.1.102; Req. 11 décembre 1905, D.P. 1906.1.254; Civ. 18 mars 1914, D.P. 1916.1.31; Civ. 9 mai 1916, D.P. 1921.1.24; Besançon 23 décembre 1931, S. 1932.2.79; Civ. 1^{re} sect. 12 février 1958, D. 1958.291, S. 1958.201; Amiens 29 janvier 1959, D. 1959 somm. 49, Gaz. Pal. 1959.1, somm. 15; Trib. civ. Alençon 27 novembre 1962, J.C.P. (éd. not.) 1963.II.13251 et note P. ESPAGNO.

(3) Cf. Aix 13 février 1957, J.C.P. 1957.II.10050 et note R. SAVATIER.

(4) Civ. 2^e sect. 18 janvier 1957, J.C.P. 1957.II.9824 (en l'espèce, d'ailleurs, il s'agissait de surveiller l'enfant non dans son propre intérêt mais dans celui des autres).

(5) Paris 29 novembre 1958, D. 1959.167, 1^{re} espèce.

(6) Civ. sect. soc. 17 novembre 1960, J.C.P. 1961.II.11940 et note G. B. (en l'espèce il s'agissait de la faute inexcusable).

(7) En revanche il paraît tout à fait discutable de proportionner l'obligation de diligence du débiteur, pour la conservation de la chose d'autrui, au soin que déploie habituellement le créancier lui-même (cf. pour le louage : Paris 24 avril 1947, Gaz. Pal. 1947.2.12).

Il n'est pas moins certain, en effet, que l'homme avisé ne modifie son comportement en fonction des particularités d'autrui que dans la mesure où il est à même de connaître celles-ci. Un automobiliste ne peut normalement prévoir l'inconséquence et le manque de jugement d'un enfant déjà grand (8); un médecin peut être à bon droit surpris par la réaction anormale d'un malade à un traitement (9). Cela aussi est conforme au bon sens.

301. — Il convient d'ailleurs de remarquer que souvent, au lieu de se trouver en présence d'une personne déterminée, celui qui est tenu à une certaine diligence doit exercer celle-ci en faveur d'un groupe indéterminé de personnes, non connues à l'avance et parfois extrêmement nombreuses. Sur le nombre, il est alors à prévoir que certaines ne seront pas pleinement raisonnables ou tout à fait normales; ce n'est pas à dire, pourtant, que l'on doive envisager toutes les anomalies possibles.

Ainsi le fabricant d'une spécialité pharmaceutique doit tenir compte des dangers pouvant résulter de la « réceptivité personnelle » de certains tempéraments (10); l'exploitant d'un hôtel (11) ou d'un établissement de bains (12) doit aménager ses installations en songeant non seulement à la sécurité des adultes, mais aussi à celle de sa clientèle enfantine (13). En revanche une obligation de sécurité (du moins lorsqu'elle est une obligation de moyens) n'impose pas de prévoir toutes les déficiences individuelles : il a été jugé que l'hôtelier doit assurer la sécurité de ses clients « en fonction d'un comportement correspondant à celui d'une personne physiquement et intellectuellement normale » (14); de même la Cour d'appel de Paris a estimé que les mesures de sécurité incombant à un entrepreneur de spectacles devaient être appréciées en vue de l'usage des lieux par des personnes normales, et non par des personnes que leur état physique prédispose à des accidents (15).

(8) Civ. 2^e sec. 6 juillet 1961, précité, Bull. civ. 1961, II, n° 550, p. 388.

(9) Paris 25 juin 1920, Gaz. Pal. 1920.2.341; Req. 31 octobre 1933, D.H. 1933.537; Civ. 2 décembre 1958, Gaz. Pal. 1959.1.94, J.C.P. 1959.II.11184 et note R. SAVATIER; Lyon 6 novembre 1961, D.1962 somm. 55.

(10) Cf. Paris 30 avril 1957, J.C.P. 1957.II.10088, note J. B. et C. H., extraits concl. LINDON.

(11) Civ. 2^e sect. 8 octobre 1958, D. 1959 somm. 41, Bull. civ. 1958, II, n° 601, p. 399.

(12) Paris 12 décembre 1958, D. 1959.167 (2^e espèce).

(13) Rappr., pour un grand magasin : Paris 30 juin 1958, Gaz. Pal. 1958.2.348 (cf. chronique P. ESMEIN, Gaz. Pal. 1958.2, Doctrine, p. 46. Et la note de M. TUNC sous l'arrêt de la Cour de cassation : Civ. 1^{re} sect. 20 décembre 1960, J.C.P. 1961.II.12031). En l'espèce, toutefois, il n'était pas question de la sécurité des enfants, mais du danger que ceux-ci pouvaient faire courir aux tiers. On observera, en outre, qu'il s'agissait de l'aménagement d'un rayon spécialement destiné aux enfants.

(14) Amiens 23 mars 1960, D. 1960.458.

(15) Paris 22 décembre 1955, J.C.P. 1956.IV.67.

302. — Ces quelques exemples (16) suffisent à montrer qu'il n'y a pas de règle de principe en ce qui concerne l'influence que peuvent exercer, sur le contenu des devoirs et obligations de diligence, les particularités individuelles de ceux en faveur de qui ces obligations sont établies. Selon que ces particularités sont plus ou moins apparentes ou prévisibles, selon que le sujet qu'elles affectent est plus ou moins capable de veiller lui-même à sa propre sécurité, il y a lieu de penser que l'obligation se trouve ou non infléchie. Mais il serait illusoire de vouloir préciser davantage : le standard souple de la faute trouve précisément son utilité dans le fait que l'on ne peut concevoir à l'avance toutes les hypothèses et toutes les circonstances; or les données individuelles existant chez les bénéficiaires de l'obligation ne sont, pour le sujet de celle-ci, que des circonstances parmi d'autres. Aussi bien n'a-t-on jamais songé à poser, à ce sujet, un principe systématique de recours à l'abstrait, ou de considération de l'individuel. Les termes mêmes d'appréciation *in abstracto* et d'appréciation *in concreto* n'ont — répétons-le — pas cours en ce domaine.

303. — Il en va tout autrement lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'obligations qui sont l'aspect passif d'un véritable droit de créance. Quand un tel droit trouve son fondement et sa mesure dans une donnée humaine (17), celle-ci est alors — normalement — connue dans sa singularité concrète, puisqu'elle est invoquée par le créancier pour obtenir l'exécution de l'obligation. Mais est-il juste de considérer cette donnée humaine dans toute son originalité, fût-elle anormale? C'est ce problème que l'on envisagera successivement à propos de l'appréciation des *besoins* et de celle du *dommage*.

(16) On examinera en outre, plus loin, à propos des prédispositions, la question assez particulière de la *réceptivité personnelle relativement aux troubles de voisinage* (voir *infra*, n° 356, note 20).

(17) On pense ici, bien entendu, à une donnée humaine autre que la volonté autonome. Il va de soi que celle-ci donne nécessairement lieu à une appréciation *in concreto*, dont il faut seulement observer qu'en matière contractuelle elle est normalement bilatérale.

CHAPITRE I^{er}

L'appréciation des besoins

304. — Dans diverses hypothèses, l'on peut être tenu d'assurer la satisfaction des besoins (ou de certains besoins) d'autrui. On pense immédiatement, à ce propos, aux obligations de caractère contributif ou alimentaire résultant de liens familiaux. Cela, certes, est de tous les temps. Mais on ne saurait négliger le rôle particulier que joue la notion de besoins, à notre époque de crise du logement, dans la législation spéciale relative au louage d'immeuble.

305. — De cette notion de besoins, on ne peut manquer de rapprocher une autre notion juridique intervenant dans des domaines différents : celle d'*utilité*. Rechercher si une gestion d'affaire a été utile, si une impense était nécessaire ou utile, c'est en effet se demander si elles répondaient à un besoin, plus ou moins strictement entendu. Mais le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* se pose peu souvent dans la pratique, en ce qui concerne la notion d'utilité, car il est rare que ce qui est normalement utile ne le soit pas pour une personne déterminée.

306. — A propos de la gestion d'affaire, notamment, il faut remarquer que la question classique de la marge d'initiative laissée au gérant (doit-il s'en tenir aux seuls actes d'administration?) n'a pas pour objet l'appréciation de l'utilité; elle révèle un conflit entre la volonté individuelle et l'utilité, ce qui n'est pas la même chose. Il faut pourtant relever au moins une décision qui — pour l'application de l'article 1375 du Code civil — a eu l'occasion de poser en principe que l'opportunité et l'utilité de la gestion d'affaire *doivent être appréciées in concreto*, en particulier d'après les circonstances et l'intention probable de celui dont les intérêts ont été gérés (1).

(1) Trib. civ. Prades 18 février 1955, D. 1957 somm. 113.

307. — Relativement à l'utilité des impenses faites par un acquéreur évincé (art. 1634 C. civ.), un arrêt a aussi admis que cet acquéreur devait être indemnisé dès lors que les travaux effectués « constituaient pour lui d'incontestables améliorations utiles » (2). En effet, aux termes de cet arrêt, « le caractère d'utilité des impenses ou améliorations s'apprécie non en fonction de leur résultat économique mais en considération de l'affectation donnée au fonds par ledit acquéreur », du moins « lorsqu'elle n'est pas contraire à sa destination normale »; cette dernière restriction mérite d'ailleurs d'être soulignée, car elle témoigne tout de même d'une certaine limite à apporter à l'appréciation *in concreto*, laquelle ne va pas jusqu'à épouser tous les caprices de la fantaisie individuelle (3).

308. — En dépit de ces exemples, pourtant, il faut convenir que la notion d'utilité pose rarement de façon cruciale le problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. En revanche il en va différemment pour les besoins proprement dits, éminemment variables d'un individu à l'autre, et à l'appréciation desquels il convient, par conséquent, de consacrer des développements plus substantiels.

309. — Ces besoins se présentent évidemment de façon dissimilable, selon qu'ils sont envisagés dans la matière des obligations contributives ou alimentaires résultant de liens familiaux, ou selon qu'ils interviennent dans le domaine de la législation spéciale sur les baux. Dans le premier cas, les besoins, qui sont de toutes sortes, sont satisfaits essentiellement en argent. Dans le second cas, ils concernent seulement le logement, ou des aspirations liées au logement. Mais surtout, le fondement des obligations est radicalement différent dans l'un et l'autre domaine. Il y a donc là deux questions qui doivent, de toute évidence, être examinées séparément.

Section I

LES BESOINS EN GÉNÉRAL (cas des obligations alimentaires)

310. — Divers textes légaux, dans le domaine du droit de la famille, imposent de subvenir, dans certaines circonstances, aux besoins d'autrui. Ces textes sont ceux qui instituent des obligations

(2) Paris 22 novembre 1955, D. 1956.362, Gaz. Pal. 1956.1.97.

(3) On pourrait en dire autant en ce qui concerne l'appréciation du caractère « insuffisant » d'une issue, pour l'application de l'art. 682 C. civ. (servitude de passage en cas d'enclave). La jurisprudence se réfère à l'utilisation « normale » du fonds enclavé (voir par ex. Civ. 1^{re} sect. 20 janvier 1960, D. 1960 somm. 49; Civ. 1^{re} sect. 11 mai 1960, D. 1960.572; Civ. 1^{re} sect. 26 mai 1961, D. 1961 somm. 81); mais cela n'empêche pas de tenir compte d'une circonstance personnelle telle que la profession, alors même que celle-ci s'exerce en un autre lieu (cf. Montpellier 18 avril 1958, D. 1958.491, S. 1958.275, maintenu par l'arrêt précité de la Première section civile du 11 mai 1960).

alimentaires ou des contributions aux charges familiales (v. art. 203, 205 et s., 212 et s., 301 al. 1^{er}, 303, 342 al. 2, 363, 382, C. civ.). Or, bien que ces différentes obligations soient loin d'avoir un contenu uniforme, elles n'en posent pas moins un problème commun sur le terrain de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* : s'agissant de satisfaire certains besoins, dans quelle mesure doit-on tenir compte de l'influence que peuvent exercer, sur ces besoins, les particularités individuelles ? (4).

311. — Cette influence, à vrai dire, peut se faire sentir de deux façons différentes. D'une part les particularités personnelles sont

(4) De ce problème, on peut en rapprocher un autre, mais qui se résout sans grandes difficultés : c'est celui de l'appréciation de l'« intérêt de l'enfant », notion dont on a justement souligné le rôle croissant, notamment à propos des conflits de filiation, du droit de visite et (cf. art. 302 C. civ. et les nouveaux art. 375 et s.) de la garde des enfants (v. DONNIER, L'intérêt de l'enfant, D. 1959, chron., p. 179 et s.). Mais parfois (cf. chronique précitée, p. 180, al. 2) on parle d'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*, en ce domaine, dans un sens différent de celui que nous avons donné à ces expressions dans la présente étude (où nous recherchons si l'appréciation tient compte ou non des particularités personnelles). On s'est demandé, en particulier, — dans le cas des conflits de filiation — si l'intérêt de l'enfant devait être apprécié en fonction des circonstances spéciales de la cause, ou en vertu de principes abstraits tel que celui selon lequel la filiation légitime serait nécessairement préférable à la filiation naturelle, ou celle-ci à la filiation adultérine. Or il ne faut pas voir une appréciation abstraite de l'intérêt de l'enfant dans les décisions qui estiment, simplement, que cet intérêt doit céder devant certaines considérations d'ordre moral ou social justifiant la hiérarchie des filiations (voir d'ailleurs Paris 5 avril 1962, D. 1962.508 et note ROUAST, qui a admis que l'intérêt de l'enfant était d'être adultérin plutôt qu'enfant naturel simple). Mis à part ce problème spécial, en tout cas, on constate que l'intérêt de l'enfant est toujours apprécié en fonction des circonstances particulières de la cause; ainsi en ce qui concerne la garde des enfants en cas de divorce, il est constant que les juges jouissent d'un entier pouvoir d'appréciation qui leur permet de tenir compte de la singularité du cas d'espèce : s'il est à présumer que l'époux innocent offre des garanties morales supérieures (cf. art. 302 C. civ.), ou si l'on admet ordinairement que la mère est mieux à même de s'occuper de jeunes enfants, on sait qu'il n'y a rien là qui s'impose au juge.

Aussi bien, dans toute la mesure où l'intérêt de l'enfant peut être pris en considération, il n'est pas douteux que les particularités propres à celui-ci doivent être considérées à l'égal des autres circonstances. La loi elle-même insiste sur l'importance de la personnalité de l'enfant, à propos des mesures d'assistance éducative prévues par les articles 375 à 382 nouveaux C. civ. (ord. 58-1301 du 23 décembre 1958) : cf. notamment l'enquête de personnalité prévue à l'art. 376. Mais que ce soit pour l'application de ces textes ou autrement, l'idée s'impose d'elle-même. A propos de conflits touchant la religion d'un enfant, par exemple, on relèvera qu'il s'agit d'une fillette « sensible, émotive et scrupuleuse » (Paris 14 février 1957, D. 1957.214, S. 1957.185), « en état de crise... d'angoisse et d'insécurité affective » (Juge des enfants Versailles 24 septembre 1962, D. 1963.52 et note CARBONNIER, confirmé par Paris 31 janvier 1963, Gaz. Pal. 1963.I.242, J.C.P. 1963.II.13236 et note R. P.). Mais comme on l'a justement observé (DONNIER, chron. précitée, p. 181, col. 1; CARBONNIER, note précitée, p. 54, col. 2), il ne faut pas confondre l'intérêt de l'enfant et son caprice (cf. Rouen 8 juillet 1958, D. 1959 somm. 18; Paris 14 octobre 1958, D. 1958.716. Mais voir Trib. civ. Saint-Brieuc 27 novembre 1945, Gaz. Pal. 1946.1.97, et Trib. civ. Seine 3 février 1962, D. 1962.231 et note ROUAST, qui ont admis — en s'inspirant peut-être du droit anglais — que des adolescents de 18 ans pouvaient choisir celui de leurs parents sous la garde duquel ils seraient placés).

invoquées, parfois, comme réagissant directement sur les besoins : une maladie, par exemple, peut rendre nécessaires certains soins particulièrement onéreux; des habitudes liées au milieu social conduiront des individus à juger nécessaire un niveau de vie relativement élevé; etc... D'autre part les mêmes particularités sont souvent alléguées à propos des *ressources* du créancier : tel invoquera son mauvais état de santé pour établir qu'il ne peut subvenir lui-même à ses besoins; tel autre arguera de considérations sociales pour prétendre qu'il ne peut se livrer à un certain genre de travail. Mais qu'il s'agisse d'une influence directe sur les besoins ou d'une influence indirecte — par l'intermédiaire des ressources — il paraît clair que la solution du problème doit toujours, pour une particularité donnée, être la même : si, par exemple, on tient pour un besoin ce qui est nécessaire au rétablissement de la santé, on ne saurait imposer à une personne de compromettre sa santé pour subvenir à ses besoins. Ces deux aspects ne peuvent donc être dissociés.

312. — En revanche il est essentiel, pour rechercher la solution du problème du mode d'appréciation, d'observer que certaines données personnelles influent seulement sur les moyens qui doivent être mis en œuvre pour satisfaire les besoins, tandis que d'autres tendent véritablement à créer des besoins particuliers.

Soit, par exemple, le cas d'une maladie dont la guérison requiert des soins particulièrement coûteux. Il s'agit là, certes, d'une particularité individuelle. Mais le besoin qu'elle concerne — la santé — n'en demeure pas moins un besoin en tout point *normal*, aspiration commune à tous, satisfaite chez la plupart, et conforme à la nature (5). Si donc on détermine le montant d'une dette alimentaire en tenant compte de la santé du créancier, il n'est pas douteux que — tout en se livrant à une appréciation *in concreto* relativement au mode de satisfaction des besoins — on n'en recourt pas moins à un principe abstrait et impersonnel pour décider que l'on se trouve ici en présence d'un véritable besoin : abstraitement on admet que la santé est, *pour tout homme*, un bien nécessaire et non pas superflu.

Soit, au contraire, le cas d'une personne qui prétend, vu son éducation, son milieu et ses habitudes, avoir besoin d'un niveau de vie élevé. Il est évident qu'elle réclame, alors, un privilège. Si on admet sa prétention, on ne se borne pas à la mettre au même niveau que le commun des hommes, on l'élève au-dessus. Les particularités sont invoquées, en ce cas, dans le sens d'un accroissement des besoins par rapport à la normale.

Cette distinction a son importance. En effet il n'est pas sérieusement possible de contester le caractère de besoins à des aspirations communes et dont la satisfaction est chose normale, quand bien même

(5) Rapp. R. SAVATIER : « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine », D. 1958, chron, p. 95 et s.; LOMBOIS, De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, thèse Poitiers 1961, p. 54 et s.

des particularités personnelles interviendraient pour rendre cette satisfaction exceptionnellement difficile ou onéreuse. S'agissant, au contraire, d'une exigence particulière, c'est-à-dire de l'aspiration à un état objectivement privilégié, le problème de l'appréciation du besoin se posera de façon plus beaucoup délicate et appellera une solution plus nuancée.

313. — Parmi les aspirations qui peuvent être abstraitement reconnues comme des besoins — et à propos desquelles, par conséquent, l'appréciation *in concreto* ne soulève aucune difficulté (puisque'elle porte non sur le principe du besoin mais sur les moyens de le satisfaire) — la santé figure donc en tout premier lieu. Aussi bien les tribunaux n'hésitent-ils pas (6) à tenir compte de la maladie, soit en tant que celle-ci est source de frais, soit en tant qu'elle empêche celui qui en est atteint de se procurer lui-même des ressources.

Tantôt, en effet, l'état de santé du créancier d'aliments sera retenu comme nécessitant des soins particuliers, par exemple un traitement onéreux, une surveillance médicale, des séjours à la campagne ou à la montagne, etc... (7). Tantôt la maladie sera retenue comme un obstacle à l'exercice d'une activité rémunératrice (8) ou, à l'inverse, la bonne santé du demandeur servira de motif pour justifier le refus d'une pension (9).

Si le désir de recouvrer la santé, de l'améliorer ou de ne pas la compromettre constitue toujours un besoin, il faut remarquer en outre que la maladie ou l'infirmité peut être également relevée sur un autre plan, dans la mesure où elle rend plus onéreuse la satisfaction de certains besoins communs à tous, mais qui ne se confondent pas avec la santé. Si celui qui a droit à la satisfaction de ses besoins est atteint de surdité, par exemple, les juges auront l'occasion, pour fixer la pension qui lui est due, de relever le coût élevé des appareils d'acoustique qui lui sont nécessaires (10). Il est évident, en effet, que c'est un besoin

(6) Réserve faite, pourtant, de la jurisprudence (aujourd'hui dépassée) qui, pour le calcul de la pension de l'art. 301 du C. civ., refusait de tenir compte d'une maladie postérieure au divorce (v. notamment Civ. 18 octobre 1926, Gaz. Pal. 1926.2.693, D.P. 1927.I.101 et note ROUAST). Mais le problème de causalité posé en ce cas se rattache au caractère particulier de cette pension, indemnitaire par son origine.

(7) Voir par exemple : Paris 10 février 1959, J.C.P. 1961.II.12107 et note R. B. (2^e espèce); Paris 28 avril 1959, J.C.P. 1959.II.11316 et note R. B. (4^e espèce); Paris 24 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11531 et note ESMEIN; Paris 27 janvier 1961, J.C.P. 1961.II.12037.

(8) Req. 23 février 1898, D.P. 1898.1.303 et rapport DENIS, S. 1902.1.307; Req. 12 mai 1936, D.P. 1936.1.109 et note R. SAVATIER; Req. 23 mai 1939, D.H. 1939.403; Civ. 2^e sect. 17 janvier 1958, D. 1958.247 et note LE GALCHER-BARON, S. 1958.163, J.C.P. 1959.II.11316 et note R. B. (1^{re} espèce); Paris 7 octobre 1958, D. 1958.772; Paris 18 décembre 1958, J.C.P. 1959.II.11316 et note R. B. (3^e espèce); Paris 10 février 1959, J.C.P. 1961.II.12107 et note R. B. (2^e espèce); Paris 17 février 1961, J.C.P. 1961.II.12108. Rapp. (maladie de la mère de l'enfant créancier) : Paris 26 janvier 1961, J.C.P. 1961.II.11999.

(9) Voir par exemple : Req. 8 juillet 1850, D.P. 1850.1.225; Trib. civ. Bordeaux 2 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.314.

(10) Paris 13 novembre 1962, J.C.P. 1962.II.12964.

normal que de bien entendre, même si l'on doit pour cela recourir à des moyens exceptionnels. On pourrait en dire autant à propos de toutes les fonctions physiques nécessaires à une vie normale.

314. — Non moins normaux, assurément, sont le besoin de se nourrir et celui de se vêtir, quelle que soit l'inégalité des frais que cela peut entraîner, notamment selon que l'on considère des enfants plus ou moins grands. Bien entendu les tribunaux tiendront compte de cette circonstance d'âge (qui, au surplus, est nécessairement normale) pour fixer les pensions alimentaires dues à des mineurs (11).

315. — Mais l'âge n'a pas pour seul effet de faire varier le montant des dépenses nécessaires à la satisfaction des besoins élémentaires et communs à tous. Avec l'âge on voit se développer, chez certains, des aspirations originales, spécialement dans l'ordre intellectuel. Alors une autre question apparaît : un adolescent pourra-t-il arguer de ses capacités particulières pour faire admettre qu'il a « besoin » de poursuivre des études plus poussées que celles de beaucoup ? La réponse à cette question ne fait d'ailleurs aucun doute : l'intérêt social demande la plus large promotion des intelligences, et en outre, même sur le plan individuel, l'accès à une instruction supérieure n'est pas un luxe pour ceux qui en sont capables. Les tribunaux n'hésiteront donc pas à tenir compte de telles aspirations (12), bien qu'ici, déjà, il ne s'agisse plus de besoins universels dont le bien-fondé puisse être reconnu abstraitement.

316. — Mais si l'on entre ainsi dans la voie de considérer des besoins particuliers, il est certain que l'on va se trouver en présence de toutes sortes d'aspirations ou de répugnances d'origine sociale, liées au milieu, aux habitudes, à l'éducation, etc... Or si, dans une certaine mesure, il est humain et juste d'en tenir compte, on sent bien qu'il faut tout de même fixer une limite, sous peine de voir les besoins se confondre avec les convenances personnelles ou les préjugés.

Comment fixer cette limite ? Il serait vain de vouloir répondre à cette question de façon rationnelle et abstraite, car tout dépend, évidemment, de l'état social qui fait paraître plus ou moins normales ou anormales les aspirations particulières de certaines catégories d'indi-

(11) Voir par exemple : Paris 9 octobre 1958, D. 1959.8; Paris 24 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11531 et note ESMEIN; Paris 27 janvier 1961, J.C.P. 1961.II.12037; Paris 2 février 1962, D. 1962.521 et note MALAURIE. Encore ne faut-il pas envisager la circonstance d'âge abstraitement et *a priori*, en faisant fi des autres facteurs qui doivent se combiner avec celui-ci : cf. Grenoble 13 décembre 1960, D. 1961.411.

(12) Colmar 13 avril 1951, D. 1951.384 (étudiante devenue majeure, mais qui « n'accuse aucun retard dans ses études »); Paris 4 juin 1954, D. 1954.524 (« jeune homme capable et travailleur, qui à force d'énergie a réussi à faire d'excellentes études... Bachelier à 16 ans, il se trouve déjà à 22 ans en 5^e année de médecine... »); Paris 26 janvier 1961, J.C.P. 1961.II.11999 (études poursuivies par un jeune homme de 19 ans). Mais comparer : Cons. d'Etat 21 février 1949, J.C.P. 1949.II.4971 et note R. G.

vidus. On a observé (13), très pertinemment, que les tribunaux avaient, au XIX^e siècle, une tendance marquée à apprécier les besoins (et la possibilité de se procurer des ressources par le travail) en fonction d'idées sociales qui sembleraient aujourd'hui anachroniques. Cependant, même dans un état de civilisation plus égalitaire, il serait peu réaliste de croire que la considération du milieu social ne joue plus aucun rôle dans l'appréciation des besoins.

317. — C'est surtout à propos du travail que l'évolution est sensible.

Au début du XIX^e siècle, des jeunes gens de bonne famille, qui demandaient des aliments à leurs parents après l'âge de la majorité, obtenaient souvent gain de cause, dès lors qu'ils n'auraient pu subvenir eux-mêmes à leurs besoins qu'en se livrant à un travail jugé indigne de leur condition sociale.

Les motifs des vieux arrêts sont significatifs à cet égard : « Considérant que le sieur D... de la M... fils, âgé de 28 ans, est sans profession; que, fils unique de parents fortunés, son père ne peut pas vouloir que, pour se procurer des aliments, il se livre à des travaux auxquels le mode de son éducation et les convenances sociales le rendent étranger... » (14). « Le fils... qui n'est pourvu d'aucun emploi lucratif, n'a point été élevé pour se livrer à des travaux pénibles ou mécaniques, ou pour se faire commis ou écrivain... » (15). « Considérant que l'appelante... n'a point été élevée, soit pour se livrer à des travaux pénibles, soit pour s'engager à temps dans un état de domesticité; qu'elle n'a aucun état... » (16). On voit que de telles formules portent la marque d'un état social largement dépassé.

Déjà au milieu du XIX^e siècle — est-ce l'esprit de 1848? —, un demandeur d'aliments se voit débouté au motif qu'il est apte à travailler : vainement prétend-il que c'est « attacher l'extinction de la créance alimentaire à la seule possibilité d'être manœuvre ou domestique »... (17) Le même insuccès attend un autre demandeur, également en âge et en état de travailler, mais dont les juges relèvent « sa répugnance à s'employer utilement pour lui-même » (18). Au début du XX^e siècle, pourtant, on voit encore débattre en justice le montant d'une pension alimentaire versée par un père à ses filles majeures et sans profession (19) : mais le père, en l'espèce, ne contestait pas le principe de ce versement. Dans l'entre-deux guerres, en tout cas, il

(13) Voir sur ce point les analyses de M. le Doyen SAVATIER : Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, éd. 1952, spécialement nos 219 et s.; chronique au D. 1950, p. 149; note sous Douai 28 juillet 1953, D. 1954.477; Répertoire DALLOZ de droit civil, v^o Aliments, nos 130, 144, 145.

(14) Rennes 12 juin 1810, Jurisp. gén. DALLOZ, v^o Mariage, n^o 621, note 1.

(15) Bruxelles 19 janvier 1811, *ibid.*, n^o 665, note 2 (2^e espèce).

(16) Colmar 7 août 1813, *ibid.*, n^o 629, note 1.

(17) Cf. Req. 8 juillet 1850, D.P. 1850.1.225.

(18) Cf. Req. 7 juillet 1863, D.P. 1863.1.400.

(19) Cf. Civ. 21 mai 1912, Gaz. Pal. 1912.1.687, S. 1912.1.520, D.P. 1915.1.8.

paraît tout naturel aux juges qu'un fils de famille, qui n'a pas su profiter des chances qui lui étaient offertes, soit réduit à la condition de « salarié moyen » (20).

De nos jours encore, cependant, pour apprécier si un demandeur d'aliments peut se voir opposer la possibilité où il est de gagner sa vie, certaines traditions sociales continuent à être prises en considération. Mais c'est surtout dans la mesure où elles concourent à justifier la poursuite de longues études. Pour juger qu'une jeune fille est fondée à rester étudiante au delà de sa majorité, un arrêt relève, entre autres circonstances, « que née dans une famille universitaire, il est normal qu'elle fasse des études supérieures lui donnant accès aux carrières de l'enseignement » (21). De même un autre arrêt, affirmant que l'état de besoin est une « notion éminemment relative au milieu social », constate qu'un jeune homme majeur poursuit ses études de façon non seulement normale, mais encore « congruente à sa condition » (22). Dans un cas différent, et d'une façon peut-être plus discutable, une cour d'appel, en observant qu'une mère de famille ne pouvait se livrer à un travail rémunérateur, a cru devoir ajouter qu'elle était « d'ailleurs peu préparée à cela par son éducation et sa vie antérieure » (23); mais une telle notation, formulée de façon très incidente, était en l'espèce surabondante.

318. — Relativement aux besoins eux-mêmes — et non plus aux ressources — il semble que les considérations tenant à l'éducation, au milieu et aux habitudes sociales aient conservé davantage de leur importance passée.

319. — Assez peu décisifs, sans doute, sont les arrêts qui se réfèrent à ces données à propos de litiges entre époux (demandes d'aliments formées par des femmes séparées de corps, ou en instance de séparation de corps ou de divorce); alors, en effet, intervient le jeu de l'article 214 du Code civil, disposant que le mari doit fournir à sa femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état »; or les habitudes invoquées par la femme vont se trouver étroitement liées aux facultés et à l'état du mari. On ne s'étonnera donc pas de constater que la jurisprudence actuelle ne contredit nullement les arrêts qui affirmaient jadis que l'on doit tenir compte, en ces cas, des « conditions d'habitude et de fortune » des époux (24),

(20) Trib. civ. Bordeaux 2 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.314. Il faut pourtant observer que cette décision insiste sur le fait que le demandeur d'aliments s'était ainsi trouvé déclassé par sa propre faute; les juges prennent soin de relever que son père lui avait fait donner une instruction qui aurait dû « lui permettre d'occuper honorablement dans sa famille, comme dans le milieu social où il était appelé à vivre, le rang auquel le prédestinait sa seule naissance... ».

(21) Colmar 13 avril 1951, D. 1951.384.

(22) Paris 4 juin 1954, D. 1954.524.

(23) Douai 28 juillet 1953, D. 1954.477 et note R. SAVATIER.

(24) Civ. 30 août 1864, S. 1864.1.487, D.P. 1865.1.68; Req. 27 janvier 1890, S. 1890.1.216.

ou que « les besoins varient suivant la position sociale et les dépenses auxquelles la femme a été habituée par la fortune et l'état de maison de son mari » (25). Il demeure constant que les besoins de la femme doivent être appréciés en tenant compte du genre de vie auquel elle a été habituée depuis son mariage (26).

On ne peut pas non plus juger très significatifs les arrêts qui tiennent compte du niveau de vie antérieur pour fixer, en cas de divorce, le montant de la pension de l'article 301 alinéa 1^{er} du Code civil. S'il est souvent jugé que les besoins de l'épouse divorcée doivent s'apprécier « en fonction de ses habitudes de vie », ou « compte tenu du niveau de vie, des habitudes de confort et du luxe des époux pendant le mariage » (27), cela peut en effet être expliqué, en toute hypothèse, par l'origine indemnitaire de la pension, laquelle (jointe aux dommages-intérêts prévus par l'art. 301 al. 2) est censée assurer une réparation intégrale du préjudice causé par la dissolution du mariage (28).

320. — Mais les données sociales particulières jouent également leur rôle à propos des obligations purement alimentaires, notamment entre ascendants et descendants.

Au début du siècle dernier, les juges n'hésitaient pas à poser en principe qu'il faut, en ce domaine, prendre « en considération l'état et la qualité des personnes »; ainsi l'on relevait qu'un infirme était « d'une extraction honnête », pour justifier qu'une pension relativement élevée fût mise à la charge de ses parents (29). Par la suite certaines décisions ont semblé s'inspirer d'une conception plus restrictive, selon laquelle il ne suffit pas que les demandeurs, pour obtenir des aliments, soient dans une position gênée eu égard à leur condition sociale (30). Mais cette rigueur ne se manifeste guère que dans le cas où c'est le principe même de l'octroi de la pension qui dépend de la prise en considération des habitudes et du milieu (31). Au contraire, quand la pension leur paraît de toutes façons justifiée dans son prin-

(25) Aix 19 août 1868, maintenu par Req. 9 mars 1869, D.P. 1870.1.106; Req. 6 juin 1905, S. 1906.1.87.

(26) Civ. 2^e sect. 11 octobre 1961, D. 1962. somm. 25, Bull. civ. 1961, II, n° 643, p. 450.

(27) Voir par exemple : Trib. civ. Angers 20 novembre 1930, Gaz. Pal. 1931.1.64; Paris 10 février 1959, J.C.P. 1961.II.12107 et note R. B. (2^e espèce). Voir également Paris 8 novembre 1962, D. 1963.126, qui affirme que l'état de besoin doit « faire l'objet d'une appréciation relative. »

(28) En réalité, pourtant, ce sont les dommages-intérêts prévus par l'article 301 al. 2 qui devraient indemniser, actuellement, la simple diminution du niveau de vie. Cf., dans Civ. sect. civ 23 mai 1949 (D. 1949.443), les motifs des juges du fond (Lyon 17 juin 1947), opposant la réduction du *bien-être* à celle du *train de vie*.

(29) Caen 17 février 1818, Juris. gén. DALLOZ, v° Mariage, n° 629, note 1.

(30) Cf. Bordeaux 10 janvier 1843, D.P. 1843.2.151; Trib. civ. Bordeaux 2 décembre 1929, précité, Gaz. Pal. 1930.1.314.

(31) En d'autres termes, comme la doctrine l'a justement souligné (PLANIOU et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. II par ROUAST, 2^e éd., n° 33 b), le fait qu'une personne a de la peine à tenir son rang ne peut suffire à lui ouvrir une action alimentaire.

cipe, et qu'il s'agit seulement d'en déterminer le montant, les juges demeurent enclins, même en notre siècle, à tenir compte de ces données sociales.

Ainsi, à propos d'une pension versée par un père à ses filles majeures, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt de 1909, relevait que cette pension était suffisante pour leur permettre de subvenir à toutes les dépenses que comportait leur condition; et la Cour de cassation, après avoir cité ce motif, a rejeté le pourvoi en énonçant que les tribunaux ont, en cette matière, un pouvoir d'appréciation « qui s'exerce d'après les circonstances et la situation des parties » (32). Cela, certes, n'est pas tout récent; mais il ne semble pas qu'il en aille différemment de nos jours. Encore en 1953, accueillant la demande d'aliments formée par une belle-fille contre son beau-père, la Cour d'appel de Douai pose en principe « qu'il est certain que la formule employée par l'article 208 du Code civil permet au juge... de prendre en considération, pour la fixation de la pension, toutes les circonstances et en particulier le milieu social des parties » (33); l'arrêt alloue donc une pension permettant à la demanderesse « de vivre et d'entretenir et élever convenablement ses enfants dans des conditions en rapport avec son milieu social ».

Une telle solution est-elle anachronique? nous ne le croyons pas. En effet, comme l'observe M. le Doyen Savatier annotant cet arrêt : « On manquerait de réalisme, et on deviendrait inhumain, en supposant que les besoins de l'homme sont ceux d'un être abstrait, qu'on pourrait isoler de ses habitudes et de son milieu. Ils doivent, en réalité, s'apprécier concrètement et de manière à éviter au créancier d'aliments des souffrances dépassant la mesure admissible ».

321. — C'est donc à bon droit que les tribunaux, pour l'appréciation des besoins, tiennent compte, le cas échéant, de l'appartenance à tel ou tel milieu social. Le rôle de cette donnée se trouve limité, simplement, par le jeu de l'évolution économique et sociologique qui, en fait, lui a retiré beaucoup de son importance. Et d'autre part, si les considérations de cet ordre jouent assez naturellement lorsqu'il s'agit de fixer le montant d'une pension, on admettra moins aisément qu'elles soient de nature à créer l'état de besoin et à faire naître une obligation alimentaire (34).

322. — Sous cette réserve, il apparaît que l'appréciation *in concreto* prédomine de façon très nette lorsqu'il faut déterminer, en matière d'obligations alimentaires, l'importance des besoins. Mais cette appréciation *in concreto* ne consiste pas à identifier les besoins et les aspirations subjectives.

(32) Civ. 21 mai 1912, précité, Gaz. Pal. 1912.1.687, S. 1912.1.520, D.P. 1915.1.8. Rappr. rapport DENIS sous Req. 23 février 1898, D.P. 1898.1.303.

(33) Douai 28 juillet 1953, précité, D. 1954.477 et note R. SAVATIER.

(34) Cette différence peut se justifier, sur le plan pratique, par le souci de ne pas encourager la multiplication des procès.

Ou bien, en effet, on se trouve en présence de besoins communs à tous (santé et bien-être physique normal), et en ce cas le problème du mode d'appréciation se pose à peine, puisque la considération des particularités personnelles ne tend à faire varier que les moyens de satisfaire une aspiration dont on sait *abstraitement* qu'elle constitue un besoin. Ou bien on rencontre des aspirations véritablement particulières (notamment dans l'ordre intellectuel ou psychologique); mais même en ce cas *le recours à l'appréciation in concreto ne signifie pas l'absence de toute règle* : avant de mettre autrui à contribution, chacun est tenu de faire d'abord un effort pour contenir ses aspirations dans des limites raisonnables, et pour les satisfaire lui-même s'il le peut. Mais ces devoirs se déterminent de façon variable, en fonction des données psychologiques et sociales particulières. Ici comme en d'autres domaines (35), l'appréciation *in concreto* ne consiste donc pas à exclure toute norme, mais à fixer la norme de façon concrète, ce qui est bien différent.

Ces observations permettent de comprendre l'expression « besoins normaux », employée parfois par le législateur, expression qui implique la soumission des besoins à une règle, mais dont on sent bien qu'elle n'impose nullement l'uniformité. Cette formule pourrait s'appliquer, on le voit, aux besoins les plus divers. Mais la loi l'utilise dans un domaine particulier, qu'il convient d'aborder maintenant : celui des besoins en matière de logement, envisagés à propos du droit de reprise et du maintien dans les lieux.

Section II

LES BESOINS LIÉS AU LOGEMENT

323. — En consacrant, en matière de baux de locaux d'habitation, le droit au maintien dans les lieux, tempéré par l'institution de divers droits de reprise, le législateur a été conduit à reconnaître un rôle décisif, en certains cas, à la considération des besoins.

Ces besoins sont parfois ceux du bénéficiaire du droit de reprise. Un propriétaire ne peut exercer le droit de reprise prévu par l'article 18 de la loi du 1^{er} septembre 1948, que pour des locaux correspondant aux besoins personnels ou familiaux du bénéficiaire et, le cas échéant, à ses besoins professionnels (art. 18 al. 3). Le propriétaire qui exerce le droit de reprise institué par l'article 19 de la même loi doit justifier (art. 19 al. 1^{er}) que le bénéficiaire ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux et à ceux des membres de sa famille vivant habituellement ou domiciliés avec lui (une condition identique est posée par l'article 14 alinéa 1^{er} du décret du 30 sep-

(35) Cf. *supra*, n^{os} 255, 281, 288 *in fine*.

tembre 1953 — résultant actuellement de la loi du 30 juillet 1960, article 5 —, qui vise la reprise des locaux d'habitation accessoires aux locaux commerciaux). De même, l'article 20 de la loi du 1^{er} septembre 1948 subordonne le droit de reprise qu'il prévoit au fait que le bénéficiaire ne soit pas propriétaire, dans la même agglomération, d'un autre local libre correspondant à ses besoins et à ceux de sa famille (art. 20 al. 6) (36).

Mais les besoins pris en considération par la loi peuvent être aussi ceux du locataire ou de l'occupant. D'une part, en effet, celui-ci n'a pas droit au maintien dans les lieux s'il a sa disposition (ou s'il peut recouvrer) un autre local répondant à ses besoins et à ceux des membres de sa famille (ou personnes à sa charge) vivant habituellement avec lui (art. 10 - 9^o de la loi de 1948). D'autre part, dans le cas du droit de reprise avec relogement obligatoire (art. 18 de la même loi) le propriétaire doit mettre à la disposition du locataire ou de l'occupant un local correspondant à ses besoins personnels ou familiaux — et, le cas échéant, professionnels — et à ses possibilités (art. 18 al. 1^{er}).

Les expressions employées dans ces diverses dispositions diffèrent quelque peu, on le voit. En outre, on a pu faire observer que les besoins du bénéficiaire d'un droit de reprise doivent être entendus plus strictement que ceux d'un occupant, le maintien dans les lieux étant la règle et le droit de reprise l'exception (37). Néanmoins on verra que les besoins pris en considération par la loi doivent en toute hypothèse être « normaux » (au sens de l'article 19 précité), et que la question qui nous intéresse — celle de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* — doit se résoudre selon les mêmes principes pour l'application de ces différents textes.

324. — En revanche, il est essentiel d'observer que les besoins envisagés en cette matière peuvent être de nature extrêmement variée. Directement, en effet, l'habitation répond à un besoin : celui de se loger, c'est-à-dire de trouver un abri. Mais indirectement elle commande la satisfaction de toutes sortes de besoins : ainsi l'on peut aspirer à changer de logement pour se soigner (si, par exemple, on ne supporte pas un certain climat), pour assurer sa sécurité (si l'on se trouve dans une région troublée), pour gagner sa vie, pour faire des études, pour se rapprocher des siens, etc... Car si le logement est un abri, il est aussi un lieu, voire une attache. Or c'est bien dans ce sens extensif que la jurisprudence entend la notion de besoins, pour l'application des textes précités. Selon la Cour de cassation, en effet, l'habitation, pour correspondre aux besoins normaux, « doit assurer notamment la satisfaction de tout intérêt personnel ou familial assez impor-

(36) Les besoins du bénéficiaire de la reprise sont également pris en considération — bien que le texte légal ne s'y réfère pas — pour l'application de l'article 23 de la loi du 1^{er} septembre 1948 (appréciation de l'équivalence des différents locaux loués ou occupés dans le même immeuble).

(37) Cf. l'observation du Président DÉSIRY, note signée R. D., sous Trib. civ. Seine 4 mars 1955, D. 1955.281 (spécialement p. 282, col. 2).

tant pour pouvoir être considéré comme légitime, au sens de la loi» (38). Ainsi les besoins normaux du bénéficiaire éventuel d'un droit de reprise doivent s'entendre « non seulement des conditions dans lesquels (il) se trouve logé », lui et sa famille, mais encore « des conditions plus générales de sa vie propre et de la vie des siens » (39).

325. — Si ces formules jurisprudentielles sont intéressantes, en ce qu'elles témoignent d'une conception très large de la nature des besoins à considérer, elles n'ont, au contraire, rien d'original en tant qu'elles se réfèrent à l'intérêt familial. En cela, elles ne font que reprendre les termes mêmes de la loi, qui, à juste titre, ne manque jamais de préciser que les besoins familiaux doivent être pris en considération. Bien que le nombre des personnes vivant au foyer constitue une circonstance particulière à l'occupant ou au bénéficiaire de la reprise, il ne saurait donc être question d'en faire abstraction. Il convient en outre d'y rattacher la circonstance d'âge, dans la mesure où celle-ci modifie la structure du groupe familial : qu'arrivés à l'âge adulte, des enfants aient besoin d'un logement indépendant, il n'y a rien là que de pleinement normal (40). Il faut également observer que la loi elle-même se réfère en plusieurs cas à une circonstance personnelle, à savoir la profession, du moins lorsque celle-ci est exercée, ou susceptible d'être exercée, soit dans le local litigieux, soit dans le local offert en remplacement (cf. art. 18 et 22 de la loi du 1^{er} septembre 1948) (41).

326. — Ces remarques préliminaires, fondées sur les termes mêmes de la loi, permettent déjà de douter que la considération d'un type humain abstrait puisse constituer, en cette matière, un principe de

(38) Civ. sect. soc. 30 avril 1953, D. 1953.646, J.C.P. 1953.II.7725 et note J.G.-L.; Civ. sect. soc. 12 juillet 1958 (2^e espèce), D. 1958 somm. 145.

(39) Civ. sect. soc. 30 avril 1953, précité; Civ. sect. soc. 21 juillet 1953, D. 1953.632; Civ. sect. soc. 11 mars 1955, Bull. civ. 1955, IV, n° 237 p. 176, D. 1955 somm. 75; Civ. sect. soc. 25 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 541, p. 430.

(40) Civ. sect. soc. 12 octobre 1956, D. 1956.773; Civ. sect. soc. 4 octobre 1962, J.C.P. 1962.II.12938 et note R. D. Mais on observera qu'en imposant aux juges de tenir compte de ces données familiales *particulières*, la Cour de cassation pose des règles *générales* qui peuvent aboutir à faire prévaloir l'abstrait sur le concret : par exemple elle estime, abstraitement, qu'un jeune ménage a besoin de ne pas cohabiter avec une mère ou belle-mère, et elle casse, pour cette raison, le jugement qui avait admis, *in concreto*, qu'en l'espèce le jeune ménage jouissait néanmoins d'une vie indépendante et ne paraissait éprouver aucune gêne (cf. Civ. sect. soc. 18 juillet 1958, D. 1958.570). Voir également, pour le cas de célibataires dont l'un disposait chez ses parents d'un logement vaste et confortable, et dont l'autre s'était fort bien accommodé de la cohabitation jusqu'à l'âge de 40 ans : Paris 23 et 30 avril 1959, D. 1959 somm. 66.

(41) Aussi bien la jurisprudence tient-elle compte des besoins professionnels (dans la mesure où ils se combinent avec le besoin de logement) même en dehors des prévisions expresses de la loi; cf. par exemple (sur l'application de l'art. 19) : Civ. sect. soc. 11 juin 1954, D. 1954.590 (« pour apprécier les besoins normaux du propriétaire exerçant le droit de reprise, il convient de prendre en considération tant l'habitat que l'activité professionnelle »); Civ. sect. soc. 3 janvier 1957, Bull. civ. 1957, IV, n° 5, p. 4; Civ. sect. soc. 21 juillet 1958, D. 1958.749; Civ. sect. soc. 12 mai 1959, D. 1959 somm. 109, Bull. civ. 1959, IV, n° 573, p. 463.

solution satisfaisant. Aussi bien la jurisprudence n'a-t-elle pas hésité à poser en règle — spécialement à propos des « besoins normaux » visés par l'article 19 de la loi de 1948 — que « ces besoins doivent être appréciés subjectivement, eu égard à la situation familiale et sociale particulière des bénéficiaires de la reprise » (42).

Mais cette règle d'appréciation « subjective » peut-elle être étendue à toutes les circonstances personnelles ? Si celles-ci sont non seulement particulières mais anormales, peut-on dire que les besoins qui en résultent sont normaux ? A première vue il y a là, toute de même, une difficulté. Pourtant on peut dire immédiatement que celle-ci est surtout verbale ; car en réalité — ainsi qu'on l'a déjà souligné à propos des besoins envisagés en matière d'obligations alimentaires (43) — l'introduction d'une norme n'implique pas nécessairement la méconnaissance de la singularité concrète.

327. — Ici encore, en effet, il faut d'abord observer que certaines aspirations humaines, par leur nature et dans l'abstrait, constituent en soi des besoins, quand bien même leur mode de satisfaction serait fonction de quelque anomalie individuelle. Jouir de la santé et échapper à la souffrance physique, ce sont incontestablement des besoins normaux (44), même si l'on doit, pour y parvenir, mettre en œuvre des moyens exceptionnels. Aussi les tribunaux, en ce domaine encore, tiennent-ils compte très largement des maladies ou des infirmités qui affectent les sujets en cause.

Ces raisons de santé (d'ailleurs souvent liées à l'âge) peuvent influencer de façon fort diverse les besoins en matière de logement, sans qu'il y ait à distinguer selon que la santé compromise est celle du bénéficiaire du droit de reprise et des membres de sa famille (notamment dans le logement qu'ils habitent) ou celle de l'occupant et des siens (dans le logement qu'on leur propose). Parfois le local en cause est trop inconfortable pour un malade (45), ou trop exigu pour lui permettre de s'isoler des siens (46) ou d'avoir à ses côtés une personne pour le soigner (47). Parfois il s'agit, dans un immeuble dépourvu

(42) Civ. sect. soc. 15 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 199, p. 157 ; J.C.P. 1961.II.12082 et note R. D.

(43) Voir *supra*, n° 322.

(44) Voir *supra* nos 312 et s. Rapp. R. SAVATIER, « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine », D. 1958, chron., p. 95 et s.

(45) Civ. sect. soc. 25 novembre 1954, D. 1955.23 (discussion sur l'équivalence de plusieurs appartements susceptibles de reprise, art. 23).

(46) Paris 4 avril 1952, Gaz. Pal. 1952.2.16 (maladie de la femme de l'occupant — discussion sur l'application de l'art. 10 - 9° de la loi de 1948). Rapp., dans Civ. sect. soc. 31 janvier 1958 (D. 1958.308), les considérations relatives à la santé du propriétaire.

(47) Lyon 24 avril 1951, Gaz. Pal. 1951.2, tables, v° Bail, n° 628 (maladie de la propriétaire invoquant le droit de reprise, art. 19) ; Paris 18 juillet 1952, Gaz. Pal. 1952.2.274 (maladie de la locataire, art. 18) ; Civ. sect. soc. 2 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 156, p. 121 (*a contrario*) : reprise accordée à bon droit (art. 18), l'occupante ne justifiant pas qu'elle soit dans la nécessité de recevoir les soins constants d'une tierce personne.

d'ascenseur, d'un appartement situé à un étage trop élevé pour un malade, notamment un cardiaque (48). Dans d'autres cas, c'est la situation de l'immeuble qui entre en jeu, soit qu'elle impose des trajets trop fatigants compte tenu de l'état de santé (49), soit que l'intéressé ait besoin d'habiter une ville pour se soigner (50), soit que tel climat compromette sa santé (51), soit que le bruit d'une ville ou d'un quartier nuise à son bon équilibre (52). Enfin, il est fréquent de voir jouer le droit de reprise de l'article 19 au profit de commerçants (ou parfois d'agriculteurs) auxquels leur âge ou leur état de santé interdit de poursuivre leur activité professionnelle, et qui par suite doivent quitter le logement qui était l'accessoire de leur exploitation (53).

Il n'est pas besoin d'insister davantage sur ces exemples pour comprendre qu'ils donnent tous lieu à l'application d'un même principe. La Cour de cassation a formulé ce principe en termes très généraux,

(48) Pau 12 juillet 1949, J.C.P. 1950.IV.3 (discussion sur l'équivalence de deux appartements susceptibles de reprise, art. 23); Montpellier 27 mai 1952, Gaz. Pal. 1952.2.225 (même problème; l'arrêt précise qu'il y a lieu de comparer les locaux « non pas objectivement, mais subjectivement »); Paris 19 mai 1954, J.C.P. 1954.IV.124 (même problème). Aix 22 avril 1953, J.C.P. 1953.IV.128 (maladie du propriétaire invoquant le droit de reprise, art. 19); Civ. sect. soc. 22 juillet 1954, Bull. civ. 1954, IV, n° 573, p. 425, Gaz. Pal. 1955.1, tables, v° Bail, n° 605 (relogement du locataire, art. 18); Civ. sect. soc. 14 février 1958, D. 1958.448 (*idem*).

(49) Civ. sect. soc. 28 mai 1949, Gaz. Pal. 1949.2.151, sous-note (locataire, art. 3 de la loi du 30 juillet 1947); Paris 27 avril 1959, Gaz. Pal. 1959.2.20 (propriétaire, art. 19). Rapp. Trib. civ. Arras 7 février 1951, D. 1951.360 (trajets trop longs pour le propriétaire, « dont l'état de santé l'oblige à prendre ses repas chez lui »).

(50) Montpellier 16 février 1955, Gaz. Pal. 1955.2, tables, v° Bail, n°s 846-847 (propriétaire, art. 19); Montpellier 26 octobre 1955, Gaz. Pal. 1955.2.385, 2^e espèce (propriétaire invoquant le droit de reprise de l'art. 14 du décret du 30 septembre 1953); Civ. sect. soc. 30 juin 1960, Rev. loyers 1961.30 (propriétaire, art. 19, loi de 1948). Rapp. Trib. paix Neuilly 16 janvier 1951, Rev. loyers 1951.165, Gaz. Pal. 1951.1, tables, v° Bail, n° 672 (occupant âgé refusant d'aller habiter un hameau éloigné de tout médecin).

(51) Civ. sect. soc. 8 mai 1952, Rev. loyers 1952.325 (hiver trop rigoureux pour un propriétaire âgé et malade); Civ. sect. soc. 25 mars 1954, Bull. civ. 1954, IV, n° 210, p. 160, Gaz. Pal. 1954.2, tables, v° Bail, n° 718 (propriétaire reprenant un appartement sur la Côte d'Azur pour s'y loger avec son fils sortant de sanatorium); Civ. sect. soc. 4 octobre 1962, J.C.P. 1962.II.12938 et note R. D. (défaut de réponse aux conclusions de la propriétaire, qui invoquait que le climat breton était incompatible avec la santé de sa fille). Rapp. Trib. civ. Lyon 8 février 1950, J.C.P. 1950.IV.151 (propriétaire âgée habitant une maison dépourvue de tout moyen de chauffage et dont la situation au bord de la Seine était incompatible avec son état de santé).

(52) Nancy 29 octobre 1954, Gaz. Pal. 1955.2, tables, v° Bail, n° 823; Civ. sect. soc. 25 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 104, p. 81; (propriétaires malades obligés de quitter des quartiers trop bruyants).

(53) Voir pour des commerçants : Grenoble 8 juin 1950, J.C.P. 1950.IV.151; Trib. civ. Valenciennes 29 juin 1951, Gaz. Pal. 1951.2.148; Trib. paix Paris 21 mai 1953, Gaz. Pal. 1953.2, tables, v° Bail, n°s 711-714; Civ. sect. soc. 18 octobre 1956, Bull. civ. 1956, IV, n° 744, p. 555; Civ. sect. soc. 17 mai 1957, J.C.P. 1957.IV.122; Civ. sect. soc. 6 février 1958, Bull. civ. 1958, IV, n° 199, p. 145, Rev. loyers 1958.340; Civ. sect. soc. 19 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, n° 896, p. 686, J.C.P. 1960.II.11862 et note R. L.; Civ. sect. soc. 4 novembre 1960, Rev. loyers 1961.507; Rennes 20 janvier 1961, Rev. loyers 1962.156; Civ. sect. soc. 7 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 602, p. 477; Trib. inst. Hayange 9 mars 1962, J.C.P. 1962.II.12779 et note R. D.-Pour un agriculteur : Civ. sect. soc. 25 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 103, p. 81.

à propos du logement correspondant aux « besoins personnels et familiaux » du locataire évincé (art. 18) : « Ne peut être considéré comme tel un logement dont l'occupation risque, *pour une raison quelconque*, d'aggraver l'état de santé défectueux du locataire ou d'un membre de sa famille habitant avec lui » (54). Et le même principe est évidemment applicable lorsqu'il s'agit des « besoins normaux » du bénéficiaire de la reprise, au sens de l'article 19. Il n'existe plus, sur ces points, la moindre hésitation (55).

328. — Cela ne veut pas dire, pourtant, qu'il faille toujours considérer comme décisives les raisons tirées de l'état de santé. Sans doute certaines juridictions manifestent-elles en ce domaine un libéralisme à peu près illimité; on ne peut se défendre de quelque scepticisme quand on apprend que l'état de santé d'un individu « l'oblige » à prendre ses repas chez lui (56), ou que tel parisien, fonctionnaire en activité, compromet sa santé en effectuant quotidiennement le trajet de la rue des Martyrs à l'avenue de Ségur (57). Mais d'autres décisions témoignent d'une plus grande rigueur.

Dans le cas d'une occupante ayant droit au relogement (art. 18), et qui soutenait que son état de santé lui interdisait d'habiter un cinquième étage sans ascenseur, la Cour d'appel de Paris a admis la reprise en s'appuyant sur un rapport d'expert qui révélait pourtant que les raisons de santé alléguées n'étaient nullement un prétexte. L'expert signalait, en effet, la fatigue résultant, pour la personne en cause, du fait de monter les escaliers, et les inconvénients qui pouvaient en résulter pour elle en raison de son état de santé; de façon nuancée, il estimait cependant ne pas pouvoir dire, au point de vue médical, qu'il était *impossible* pour cette personne d'habiter un cinquième étage sans ascenseur. Informée de la sorte, la Cour d'appel a jugé que le logement offert répondait aux besoins; et elle l'a fait, non pas en écartant le rapport d'expert — qui juridiquement ne la liait pas —, mais au contraire en s'y référant et en énonçant que d'après ce rapport, l'état de santé de l'occupante lui permettait d'habiter au cinquième étage. Et la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, a estimé qu'il n'y avait là aucune dénaturation (58).

Sans doute on observera que la Cour de cassation ne peut exercer qu'un contrôle limité dans un domaine où le rôle des appréciations de pur fait est nécessairement prépondérant. Pourtant il ne faut pas

(54) Civ. sect. soc. 14 février 1958, D. 1958.448.

(55) Encore il y a une quinzaine d'années (s'agissant de l'art. 3 de la loi du 30 juillet 1947, homologue de l'art. 18 de la loi du 1^{er} septembre 1948), on voyait un demandeur en cassation prétendre « que la loi ne permettait pas au magistrat de faire état de la santé du locataire » (pourvoi rejeté par Civ. sect. soc. 12 mai 1949, Gaz. Pal. 1949.2.151, sous-note). Aujourd'hui les plaideurs ne contestent plus le principe, et se bornent à en discuter l'application.

(56) Trib. civ. Arras 7 février 1951, D. 1951.360.

(57) Paris 27 avril 1959, Gaz. Pal. 1959.2.20.

(58) Civ. sect. soc. 22 novembre 1957, J.C.P. 1958.II.10419 et note J.G.L.

s'illusionner sur le rôle de cette considération procédurale. Quand la décision des juges du fond, en cette matière, lui apparaît trop sévère, la Cour de cassation n'hésite pas, à l'occasion, à la censurer en lui opposant les conclusions contraires d'un rapport d'expertise (59). Mais d'autre part elle paraît sensible à la nécessité de contenir dans certaines limites l'argument tiré de l'état de santé. A cet égard, son vocabulaire même est significatif : censurant une décision qui a omis de répondre aux conclusions sur ce point, elle le fait en termes assez restrictifs, énonçant : « que ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins une personne dont l'état de santé est *incompatible* avec le climat de sa résidence habituelle » (60). Or cet adjectif — « incompatible » —, s'il n'exclut certes pas la prise en considération d'un simple risque (pourvu que celui-ci soit sérieux) (61), implique une réserve que nous serions enclin à expliciter ainsi : il ne suffit pas qu'une incommodité trouve sa *cause* dans l'état de santé pour être nécessairement opposable (cf. la fatigue, dans l'espèce ci-dessus soumise à la Cour de Paris); il faut que cette incommodité soit de nature à avoir *effet* sur l'état de santé, ce qui est tout différent.

329. — Si l'aspiration de tout homme à la santé est donc, en soi et dans l'abstrait, un besoin véritable — ce qui permet de tenir compte systématiquement des particularités individuelles, *in concreto* — il n'en est donc pas moins vrai que l'existence d'une simple gêne, même liée à l'état de santé, ne permet pas de conclure automatiquement à l'insatisfaction des besoins. Car en ce dernier cas, c'est seulement un intérêt de confort et d'agrément qui est en cause; or l'exigence d'un tel intérêt ne devient un véritable besoin qu'au delà d'un certain seuil de gêne ou de contrainte.

330. — Cette dernière observation devient essentielle lorsque l'on se trouve en présence de particularités qui n'interviennent plus dans le domaine physique mais dans l'ordre psychologique.

Quand il en est ainsi, en effet, on voit alléguer toutes sortes de données personnelles et même subjectives, chacun interprétant ses besoins en fonction de ses habitudes, de son milieu social, etc... Alors il s'agit d'aspirations véritablement particulières, à l'égard desquelles la vigilance s'impose, sous peine d'ériger en besoins de simples préjugés ou des caprices individuels.

Aux « véritables besoins », la jurisprudence ne manque donc pas d'opposer les « simples convenances » (62) ou le « simple agrément » (63).

(59) Cf. Civ. sect. soc. 14 février 1958, D. 1958.448, rendu à propos d'une espèce très comparable.

(60) Civ. sect. soc. 4 octobre 1962, J.C.P. 1962.II.12938 et note R. D.

(61) Cf. sur ce point Civ. sect. soc. 14 février 1958, précité (D. 1958.448).

(62) Voir par exemple Civ. sect. soc. 25 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 541, p. 430 (à propos des besoins normaux du bénéficiaire éventuel de la reprise, art. 19).

(63) Civ. sect. soc. 2 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 156, p. 121 (à propos des besoins de l'occupant relogé, art. 18).

Bien entendu il s'agit là d'un standard, non d'un critère précis et déterminé. Mais du point de vue qui nous intéresse, il est possible d'apporter cependant une précision : c'est que la mise en œuvre de ce standard ne s'opère pas *in abstracto* mais, au contraire, en tenant compte de certaines aspirations et habitudes particulières.

331. — Ainsi les aspirations d'ordre intellectuel sont-elles prises en considération, même lorsqu'elles dépassent le niveau moyen. S'il est souvent jugé que le logement ne répond pas aux besoins d'une famille lorsque, par sa localisation, il ne permet pas aux enfants de poursuivre leurs études (64), il est à noter que cette solution trouve application sans qu'il y ait à distinguer selon le niveau des études entreprises. Il a été admis, notamment, que le droit de reprise est justement exercé par une personne désirant que ses enfants poursuivent leurs études à Paris, à l'effet d'obtenir les diplômes leur permettant de prétendre à des situations importantes (65).

332. — Toutes sortes d'habitudes liées à la situation sociale sont susceptibles, également, d'être retenues. Pour l'appréciation des « besoins normaux » visés par l'article 19 de la loi de 1948, la Cour de cassation a posé en principe qu'il n'est nullement interdit aux juges de tenir compte de la situation sociale du bénéficiaire de la reprise : et sur la base de ce principe, elle a notamment cassé une décision qui avait rejeté la demande en reprise tendant à permettre le logement d'une domestique (66). En l'occurrence, il est vrai, la famille se composait de cinq personnes; mais dans telle autre espèce, la même solution a joué au profit d'un ménage n'ayant qu'un enfant (67); or dans cette hypothèse on aurait pu douter, abstraction faite des traditions bourgeoises, que le fait de loger une domestique fût un véritable besoin.

De même, pour justifier le besoin d'habiter en ville, on voit les juges faire état, entre autres considérations, du « milieu social » et du « mode de vie antérieur » des propriétaires invoquant le droit de reprise (68).

A plus forte raison la situation sociale et les conditions habituelles de vie sont-elles retenues lorsqu'il s'agit d'apprécier, pour l'application de l'article 18 de la loi de 1948, les besoins de l'occupant ayant droit au relogement; alors, en effet, ces données particulières ne sont guère

(64) Voir par exemple : Civ. sect. soc. 30 avril 1953, D. 1953.646, J.C.P. 1953.II. 7725 et note J.G.L. (enfants du bénéficiaire de la reprise, art. 19); Civ. sect. soc. 21 juillet 1953, D. 1953.632 (*idem*).

(65) Paris 14 mai 1956, D. 1956 somm.94. Rapp. Civ. sect. soc. 24 juillet 1952, D. 1953 somm.14, Rev. loyers 1952.510 (jeune fille qui a dû interrompre ses études pour retourner en province soigner son père âgé de 74 ans).

(66) Civ. sect. soc. 12 juillet 1958, 2^e espèce, D. 1958, somm., p. 145 *in fine*.

(67) Paris 18 juin 1959, D. 1960.17.

(68) Montpellier 26 octobre 1955, Gaz. Pal. 1955.2.385, 2^e espèce (à propos du droit de reprise ouvert par l'art. 14 du décret du 30 septembre 1953).

de nature à surprendre le propriétaire auquel on les oppose puisqu'elles sont en rapport avec le « standing » de l'immeuble même dont la reprise est demandée (69). Ainsi la jurisprudence se réfère-t-elle à la situation sociale des locataires et occupants, non seulement pour déterminer les conditions d'hygiène « normales » (70), mais également pour assurer la conservation d'un confort élevé ou même d'une certaine respectabilité bourgeoise. Elle admet qu'un local ne correspond pas aux besoins lorsque son occupation est de nature à entraîner une modification importante du genre de vie du locataire, compte tenu de sa situation sociale (71) : par exemple, on tiendra compte du fait que l'occupant est habitué à résider dans un quartier bourgeois et tranquille (72); on estimera que ne correspond pas à ses besoins un immeuble vétuste ayant l'apparence d'un local ouvrier (73); on jugera que le directeur commercial d'une importante société, dont la femme est journaliste de mode, ne peut, compte tenu de sa situation sociale et de ses habitudes de vie, quitter un hôtel particulier dans un quartier résidentiel pour aller habiter un appartement dans une maison ayant davantage l'apparence d'un immeuble ouvrier que d'un immeuble bourgeois (74).

333. — En dehors de la classe sociale et des habitudes de vie qui s'y rattachent, les tribunaux ont d'ailleurs égard à diverses habitudes individuelles : ainsi l'on prendra en considération le fait qu'un occupant cohabite depuis longtemps avec des collatéraux (75) ou même, parfois, avec un étranger (76). Un arrêt de cour d'appel est allé jusqu'à admettre qu'une veuve (propriétaire invoquant le droit de reprise) se prévalait d'un besoin normal en désirant revenir dans une ville où s'était écoulée la majeure partie de sa vie conjugale, où se trouvait la tombe de son mari et où elle conservait des parents et amis (77). Cette dernière décision paraît, à vrai dire, aller à l'extrême limite d'une appréciation libérale des besoins.

334. — Car il demeure certain, pourtant, que toutes les habitudes ne constituent pas des besoins, et que le domaine des « convenances

(69) Cependant la loi ne pose pas de condition d'équivalence entre le local repris et le local offert, sauf sur le plan de l'hygiène.

(70) Cf. Lyon 19 octobre 1954, Gaz. Pal. 1955.2, tables, v^o Bail, n^o 803.

(71) Lyon 30 novembre 1954, *ibid.*, n^o 801.

(72) Civ. sect. soc. 10 juin 1954, Actual. jurid. 1955.72, Gaz. Pal. 1955.1, tables, v^o Bail, n^o 604.

(73) Paris 9 juillet 1955, Actual. jurid. 1956, n^o 7, cité par M. Désiré, D. 1957, chron., p. 66, col. 1.

(74) Paris 30 octobre 1954, Gaz. Pal. 1954.2, tables, v^o Bail, n^{os} 700-701. Voir pourtant Paris 21 juin 1954, *ibid.* n^o 699 (le locataire ne peut invoquer que l'appartement offert serait situé dans un quartier « moins bourgeois »).

(75) Trib. civ. Seine 7 octobre 1957, Gaz. Pal. 1957.2.324, confirmé par Paris 27 octobre 1958, D. 1959 somm.37.

(76) Paris 12 juin 1953, Gaz. Pal. 1953.2.134. Mais solution contraire dans le cas d'un concubin : Paris 2 juillet 1958, D. 1959 somm.37.

(77) Poitiers 23 janvier 1961, D. 1961 somm.45.

personnelles» ne saurait se réduire à celui des seules innovations capricieuses. Ainsi l'on ne traitera pas comme un besoin le désir, manifesté par des propriétaires, de maintenir des meubles de famille dans leur cadre habituel (78). On ne tiendra pas davantage pour un besoin le désir d'une locataire qui, cohabitant avec le ménage de sa fille, est habituée à utiliser une cuisine séparée, et voudrait continuer à jouir de cet avantage (79). Il est donc des habitudes, même respectables ou commodes, auxquelles on peut raisonnablement renoncer sans consentir un sacrifice excessif. Mais il n'en reste pas moins que la jurisprudence manifeste, dans l'appréciation des besoins liés au logement, un extrême libéralisme et un grand sens de l'humain et du concret.

335. — *Conclusion du chapitre.* — En ce domaine, on le voit, les conclusions auxquelles on peut parvenir sont sensiblement les mêmes que celles qui avaient été dégagées à propos des obligations alimentaires et des contributions aux charges familiales : dans l'un et l'autre cas l'appréciation *in concreto* triomphe incontestablement; mais elle ne consiste aucunement à confondre les besoins avec toutes les aspirations subjectives. D'une part les particularités personnelles sont prises en considération lorsqu'elles affectent le mode de satisfaction de besoins universels et abstraitement reconnus (au premier chef, la santé); d'autre part, s'agissant d'aspirations particulières, une règle est imposée, obligeant chacun à contenir ses désirs dans des limites compatibles avec les nécessités sociales : mais cette règle se fixe en tenant compte des données humaines particulières. L'appréciation *in concreto* des besoins n'est donc pas absence de norme, mais détermination concrète de la norme.

336. — On ne saurait être surpris qu'il en soit ainsi. Car même lorsque la loi ne précise pas que les besoins doivent être « normaux », il est clair que la notion de besoins, tout en ayant un contenu humain très concret, implique la formulation d'un certain jugement de valeur quant au bien-fondé des aspirations qu'elle concerne. Et c'est d'ailleurs ce qui justifie le recours à cette notion : on concevrait mal qu'une protection juridique, qui bénéficie à une partie au détriment d'une autre *a priori* aussi intéressante, ne trouve sa mesure et sa limite que dans les variations de la subjectivité individuelle.

On peut se demander, en revanche, s'il y a lieu de maintenir le même équilibre lorsqu'on se trouve dans le cas où l'intérêt d'une partie a subi une atteinte injuste, et en réclame réparation. Bien que l'appréciation, en ce cas, soit encore relative à un intérêt, les données du problème sont quelque peu différentes : la notion de *dommage*, qui

(78) Cf. Paris 23 janvier 1956, Gaz. Pal. 1956.1.231, maintenu par Civ. sect. soc. 23 octobre 1958, D. 1958.764 (à propos de l'équivalence envisagée par l'art. 23 de la loi de 1948).

(79) Civ. sect. soc. 2 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 156, p. 121.

intervient alors, n'implique plus le même jugement de valeur que celle de besoins. Mais est-ce à dire que l'appréciation à laquelle elle donne lieu ne fasse plus intervenir aucune norme? C'est la question qui reste à examiner dans le chapitre suivant, pour achever l'étude du problème général de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*.

CHAPITRE II

L'appréciation du dommage

337. — S'il est une notion à l'égard de laquelle l'appréciation abstraite semble, au premier abord, injustifiable, c'est bien celle de dommage, telle qu'on la rencontre dans le droit de la responsabilité. Le dommage est un fait, et un fait intrinsèquement mauvais. Comment donc pourrait-on songer à l'apprécier par référence à un modèle idéal ? Est-il concevable de vouloir envisager le dommage non tel qu'il est, mais tel qu'il devrait être, alors que le dommage lui-même ne devrait pas être ?

338. — Certes il est constant qu'en divers domaines la réparation du dommage peut se trouver limitée par un « plafond », ou s'opérer de façon forfaitaire. Mais s'il en résulte une certaine prédominance de l'abstrait sur le concret, il ne s'agit pas là, cependant, à proprement parler, d'une appréciation *in abstracto* du dommage. D'une part, en effet, le juge, dans la mesure où il est lié par des dispositions précises et déterminées, n'a pas à se livrer à une appréciation véritable. D'autre part, le caractère limité ou forfaitaire de la réparation, quel qu'en soit le fondement, n'a pas pour objet essentiel de faire prévaloir, contre les particularités individuelles, la référence à un type humain général. Si l'on considère, par exemple, le principe de la réparation forfaitaire en matière d'accidents du travail, on constate que les règles uniformes posées par la loi n'ont pas pour effet de proportionner la réparation au dommage qu'aurait subi un travailleur abstrait (en particulier elles laissent sans réparation des éléments de préjudice tout à fait normaux, comme la douleur physique, et à l'inverse elles ne conduisent nullement à envisager l'état qui serait celui d'un individu quelconque ayant subi le même accident). Un tel principe d'indemnisation forfaitaire, s'il aboutit ordinairement à une réparation seulement

partielle du dommage véritablement éprouvé, ne constitue pas, en soi, une règle d'appréciation *in abstracto* du dommage; il dissocie, dans une certaine mesure, l'importance de la réparation et celle du préjudice, ce qui est tout autre chose.

339. — Mais sans même sortir du cadre du droit commun de la responsabilité, on est amené à observer qu'il existe, contrairement à l'apparence première, un problème de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* du dommage. Quelques remarques préliminaires le feront facilement comprendre.

340. — Il faut observer tout d'abord, en effet, qu'il existe ordinairement, au sein même du dommage, un enchaînement causal qui peut apparaître plus ou moins normal ou anormal.

L'existence de ce processus causal est d'une évidente banalité : un individu, par exemple, subit un traumatisme, qui est déjà un dommage; ce traumatisme déclenche une maladie; cette maladie le prive de son gagne-pain; etc... Ainsi s'établit-il, entre les différents éléments du dommage, un enchaînement, qui doit être distingué de la relation causale unissant le fait générateur du dommage à l'élément initial de celui-ci. Or cet enchaînement entre les éléments du dommage est susceptible d'être influencé par toutes sortes de données particulières à la victime (sa « réceptivité personnelle », selon la formule classique de Ihering). Et, parmi ces données, certaines sont franchement anormales : un traumatisme léger peut provoquer une maladie grave chez un sujet prédisposé, alors qu'il n'aurait pas eu de suites chez une personne de santé normale. Certains se demanderont alors si la victime ne doit pas supporter elle-même, en tout ou en partie, les conséquences d'une anomalie qui lui est propre, d'une réaction que n'aurait pas eue une personne normale placée dans les mêmes circonstances.

Le problème se pose d'autant plus que celui auquel incombe la réparation du dommage n'y est tenu, parfois, que comme répondant de sa propre anomalie, sans qu'on puisse lui reprocher le moindre défaut de diligence (conducteur d'une voiture, par exemple, celle-ci a échappé à son contrôle, par suite d'une défaillance physique soudaine). Si le dommage ainsi causé se trouve accru, en fait, par une anomalie physique existant chez la victime, est-il juste d'en faire retomber la charge sur une seule des parties en cause, alors que l'anormal s'est manifesté chez les deux ? (1). Et même si le dommage procède d'une faute, son caractère anormal n'est-il pas de nature à en faire un préjudice indirect, ou dans une certaine mesure un cas fortuit ? Ou n'ira-t-on pas jusqu'à tenir pour une sorte de faute la réaction physique de la victime, au motif qu'une personne normale ne l'aurait pas eue dans les mêmes circonstances ? Autant de questions qui,

(1) Voir notamment B. STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris 1947, spécialement p. 401.

mettant en jeu les divers éléments de la responsabilité, paraissent s'éloigner de plus en plus de l'appréciation du dommage, mais qui, en réalité, réintroduisent celle-ci sous une autre forme : car si l'on retenait une seule de ces objections, on devrait nécessairement se demander quel dommage aurait subi, dans la conjoncture envisagée, une victime normale et abstraite.

341. — Mais même en écartant toutes ces objections, d'autres difficultés se présenteraient encore. Dans le domaine moral, en effet, les données personnelles qui influencent en fait le dommage peuvent être liées au goût ou à la fantaisie de chacun. La mort d'une personne, la perte d'un bien, peuvent causer à certains un chagrin subjectif apparemment anormal. Tous problèmes de preuve supposés résolus, faudra-t-il donc, alors, apprécier le dommage en fonction des moindres caprices de la psychologie individuelle ? ou devra-t-on fixer une norme à la lumière de la raison ? Là aussi un problème se pose, de quelque façon qu'on doive le résoudre.

342. — Mais à d'autres points de vue encore, l'appréciation du dommage suggère la tentation du recours à l'abstrait. A supposer même, en effet, que l'on soit résolu à considérer le dommage dans toute sa réalité concrète, il n'en reste pas moins que l'appréciation de cette notion implique, rationnellement, une comparaison entre l'état existant à la suite du fait dommageable et l'état qui existerait si ce fait ne s'était pas produit. Or ce deuxième terme de la comparaison se réfère à une donnée irréaliste, puisque par hypothèse, dans le concret, le dommage a été subi. Pour savoir où l'on en serait si le fait dommageable n'avait pas eu lieu, on est donc fatalement conduit à imaginer un déroulement normal des circonstances, par un raisonnement qui nécessairement présente un certain caractère abstrait. Certes, on apprécie souvent le dommage par comparaison entre le passé et le présent ; mais — outre que cela n'est pas possible dans tous les cas — il n'y a là qu'une approximation qui ne rejoint pas davantage le concret, puisqu'elle fait abstraction du temps.

343. — Enfin il faut observer que le dommage, lorsqu'il ne consiste pas dans un préjudice pécuniaire pleinement connu, se présente sous une forme qualitative. Or, pour en assurer la réparation, il va être nécessaire, le plus souvent, de l'évaluer en argent, de façon quantitative. Comment le juge va-t-il pouvoir opérer cette quantification ? S'il se fie uniquement à son intuition, on se trouvera en présence d'appréciations extrêmement variables selon les juridictions et, on peut le craindre, empreintes de quelque arbitraire. Aussi bien pourra-t-on trouver utile, dans la pratique, de se référer à certains points de repère tirés d'une expérience générale. S'agissant notamment d'évaluer le préjudice corporel, les experts, à un premier stade, se servent communément de barèmes pour chiffrer le taux d'incapacité ; et à un second stade, les magistrats eux-mêmes, dans le secret du délibéré, consultent

parfois des statistiques pour traduire en argent le pourcentage d'invalidité qui leur est ainsi proposé. Mais ces procédés, tendant à éliminer la subjectivité de l'expert ou du juge, ne risquent-ils pas de conduire à méconnaître, dans certains cas, la singularité de la victime elle-même ? Il y a là, encore, une difficulté que l'on ne saurait ignorer.

344. — Les diverses questions ainsi évoquées sont évidemment de nature bien différente. Lorsqu'il s'agit des éléments mêmes du dommage (et, le cas échéant, de la causalité), les problèmes qui se posent concernent véritablement le fond du droit. Lorsque l'on se heurte à l'indétermination du dommage ou aux difficultés d'évaluation, ce ne sont au contraire que des problèmes techniques, qui ne remettent pas en cause les principes de fond, mais intéressent seulement leur application. Ces deux aspects différents appellent des développements séparés, auxquels on consacrera deux sections successives.

Section I

LES PARTICULARITÉS PERSONNELLES ET LA DÉTERMINATION DES ÉLÉMENTS DU DOMMAGE

345. — Si l'évaluation du dommage constitue en principe une question de fait, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, il n'en résulte pas que ceux-ci jouissent du même pouvoir lorsqu'il s'agit de déterminer quelles sont, parmi les atteintes portées à des intérêts, celles qui constituent de véritables préjudices susceptibles d'être réparés par le jeu de la responsabilité civile. En posant en principe que la victime doit, en droit commun, obtenir du responsable la réparation intégrale du dommage subi (2), la Cour de cassation formule en effet une règle juridique qui s'impose aux tribunaux; et cette règle a pour corollaire que les juges du fond ne sont pas souverains pour décider si telle atteinte constitue ou non un dommage au sens juridique du terme. Sans doute, du fait que les tribunaux ne sont pas tenus de motiver leurs évaluations, et peuvent même statuer « toutes causes de préjudice confondues », il s'ensuit qu'en pratique il leur est possible, en bien des cas, d'é luder les principes juridiques régissant la matière. Mais ils ne peuvent le faire qu'en le dissimulant. En droit, il ne leur appartient pas de déterminer à leur guise quels sont les éléments du dommage réparable.

(2) Jurisprudence constante. Voir par exemple : Civ. 21 octobre 1946, J.C.P. 1946.II.3348 et note P. L.-P.; Civ. 2^e sect. 28 octobre 1954, Gaz. Pal. 1955.1.10; Civ. 1^{re} sect. 15 janvier 1957, D. 1957.161; Crim. 15 mai 1957, D. 1957.530; Crim. 19 décembre 1957, D. 1959 somm.22. Bien entendu, ce principe ne doit s'entendre que compte tenu du partage de responsabilité entre l'auteur du dommage et la victime (voire la force majeure), et du principe limitant la réparation, en matière contractuelle, au seul dommage prévisible (art. 1150 C. civ.).

L'influence des particularités personnelles sur les éléments du dommage pose donc une question de droit. Et d'emblée on serait enclin à penser que cette question est déjà résolue par le principe de la réparation intégrale. Puisqu'en fait les particularités personnelles sont de nature à faire varier l'étendue du dommage, n'en résulte-t-il pas qu'en méconnaissant cette influence on aboutirait à une réparation qui ne serait pas intégrale? Raisonner ainsi, cependant, c'est postuler que le dommage qui doit être entièrement réparé est le dommage concret, ce qui est précisément le problème à résoudre. Or, il n'est pas douteux qu'en certains cas le préjudice reconnu par le droit ne se confond pas avec l'atteinte subie, en fait, par un intérêt (tout intérêt n'est pas « juridiquement protégé »). Le principe de la réparation intégrale du dommage n'établit donc pas, en lui-même, que le dommage doive être envisagé *in concreto* : pour l'appliquer il faut déterminer d'abord ce qui est dommage au sens juridique et, notamment, si le dommage anormal ou purement subjectif est, en ce sens, un véritable préjudice.

346. — Pour résoudre le problème posé, il faut donc entrer plus avant dans le détail, et considérer les diverses manières dont, en fait, les particularités personnelles tendent à influencer le dommage.

Parfois, en effet, il suffit de considérer en elle-même l'atteinte subie par un intérêt pour constater que cette atteinte est fonction, objectivement, de certaines données personnelles (particularités physiques, situation professionnelle, etc...). Quand tel est le cas, on aperçoit moins aisément, *a priori*, la nécessité de fixer une limite à l'appréciation *in concreto* du dommage; si des difficultés peuvent apparaître, dans certaines hypothèses, c'est seulement lorsque les particularités personnelles semblent de nature à poser un problème de causalité, ou quand la responsabilité paraît elle-même fondée sur l'idée d'une garantie de l'anormal. Mais réserve faite de ces difficultés — que nous ne croyons pas décisives — il ne paraît guère admissible que le juge soumette le dommage lui-même à un standard abstrait.

En revanche, il est des cas où l'on doit se montrer plus réservé à l'égard d'une prise en considération systématique des données individuelles. Il en est ainsi lorsque ces données relèvent du domaine de la psychologie personnelle. Ne serait-il pas excessif de tenir compte de l'importance que chaque individu attache, subjectivement, à tel avantage ou à tel inconvénient? Apprécié en fonction des goûts, des inclinations ou des caprices de chacun, de sa force ou de sa faiblesse morale, le dommage ne risque-t-il pas de revêtir un certain caractère d'arbitraire? Spécialement, ne faut-il pas distinguer du dommage, notion objective, la peine subjective qu'il provoque, mais qui peut-être ne se confond pas avec lui? (3) Il y a là un problème qui mérite d'être considéré à part.

(3) Cf. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris 1947, spécialement p. 400 et 401.

Après avoir examiné l'influence objective des particularités personnelles sur le dommage, on envisagera donc l'influence que peut exercer en ce domaine la psychologie individuelle.

§ 1. — INFLUENCE OBJECTIVE DES PARTICULARITÉS PERSONNELLES SUR LE DOMMAGE

347. — L'appréciation rationnelle du dommage implique, ainsi qu'on l'a déjà noté, une comparaison entre deux termes antithétiques : d'une part un état de fait consécutif à l'événement dommageable, d'autre part l'état de fait qui aurait existé si cet événement ne s'était pas produit. Mais en outre il est un troisième facteur dont il convient de tenir compte dans de nombreux cas : c'est le temps; si celui-ci n'a guère d'importance lorsqu'il s'agit de la destruction d'un bien matériel — le droit de propriété étant perpétuel —, au contraire il est évident que de nombreux préjudices sont proportionnels au temps, soit que celui-ci apporte, dans le domaine physique ou moral, une guérison plus ou moins complète, soit qu'il fasse disparaître, par la mort de la victime, le dommage dont souffrait celle-ci.

Or chacun de ces trois éléments est susceptible d'être influencé, en fait, par des données personnelles. D'une part, l'état dans lequel se trouve la victime, à la suite du fait dommageable, peut être différent selon sa « réceptivité personnelle » et, plus précisément, ses prédispositions (un cardiaque est gravement malade, à la suite d'un choc qui n'eût guère affecté un homme en bonne santé). D'autre part, l'état de fait détruit par l'événement dommageable pouvait être fonction de toutes sortes de données particulières à la victime (selon qu'il était plus ou moins valide, celui qui est réduit à l'immobilité subit un plus ou moins grand préjudice; selon ce qu'était sa profession, celui qui est empêché de travailler se trouve privé de revenus plus ou moins importants). Enfin la durée du préjudice est également fonction de données personnelles (un vieillard, une personne atteinte d'un mal incurable, ne supporteront pas très longtemps les effets d'une invalidité accidentelle).

Dans les deux derniers cas, on le voit, les particularités personnelles, tout en influençant le dommage, n'interviennent aucunement dans la production de celui-ci. Dans le premier cas, au contraire, elles peuvent jouer un rôle causal dans la processus par lequel le dommage se réalise; il apparaît alors un problème de causalité qui ne se pose pas dans les autres hypothèses. On doit donc envisager séparément le rôle des données personnelles, selon qu'elles n'interviennent pas dans la réalisation même du dommage, ou qu'au contraire elles concourent à produire celui-ci.

1^o *Les particularités personnelles*
influençant le dommage sans intervenir dans sa réalisation

348. — Lorsque les particularités personnelles ne jouent pas de rôle causal dans la production du dommage, mais influent cependant en fait sur celui-ci, on ne voit guère, *a priori*, quelle raison générale pourrait interdire d'en tenir compte. En faire abstraction, ce serait, a-t-on dit, « revenir aux temps les plus barbares », au système des compositions tarifées en vigueur dans le haut Moyen Age (4).

A vrai dire, nul ne songerait à préconiser de façon absolue le retour à un tel système, et à poser en principe que les tribunaux doivent toujours apprécier le dommage de façon purement abstraite, en considérant uniquement le tort qui serait causé à un individu moyen quelconque. Mais certains auteurs ont pourtant retenu, en quelque mesure, un peu de cette idée.

Saieilles notamment, à la fin du siècle dernier (5), avait suggéré la possibilité d'un système selon lequel l'appréciation du dommage ne se serait opérée *in concreto* que dans le cas de faute intentionnelle, mais *in abstracto* en cas de responsabilité sans faute, et de façon mixte en cas de faute d'imprudence (appréciation concrète de la perte subie, appréciation abstraite du gain manqué). De façon différente, mais en fonction de préoccupations comparables, M. Starck, plus récemment (6), a soutenu que, dans les cas où la responsabilité ne procède pas d'une faute mais se rattache à une idée de garantie, il serait juste, tout en tenant compte de certaines données particulières considérées comme normales (par exemple la disparité des revenus professionnels,) de ne pas réparer certains dommages exceptionnels. « La société — écrit cet auteur — ne saurait garantir des situations hors série : le petit doigt d'un pianiste célèbre, les poings d'un champion de boxe, le bout du nez d'une vedette de l'écran, peuvent certes « valoir » de nombreux millions. Mais leur garantie ne saurait résulter que de l'assurance que doivent contracter ceux qui détiennent en eux-mêmes des risques de dommages démesurés ».

Ces derniers exemples, à vrai dire, ne nous paraissent pas très convaincants. Car enfin, que trouve-t-on d'anormal dans le cas, par exemple, du pianiste dont on nous parle ici ? Est-ce le fait que ses gains professionnels soient liés à l'intégrité d'une partie du corps particulièrement vulnérable, et dont la perte ne générerait guère la plupart des gens ? Alors il faudrait refuser d'indemniser de son préjudice réel, dans une hypothèse semblable, même un pianiste besogneux !

(4) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. III, n° 2395. Encore a-t-on observé (STARCK, thèse précitée, p. 406) que le droit barbare distinguait lui-même des catégories d'individus...

(5) Dans sa brochure « Les accidents du travail et la responsabilité civile » (1897). Voir à ce sujet P. BETTREMIEUX, Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, thèse Lille 1921, spécialement n° 12 et n°s 62 à 66.

(6) Thèse précitée, p. 406.

Ou tient-on pour anormal le fait que la victime ait des revenus professionnels considérables? Alors il faudra refuser l'indemnisation intégrale même si la victime, au lieu de perdre le petit doigt, se trouve atteinte d'une invalidité totale. Mais encore faut-il le justifier, ce que ne nous paraît pas faire la simple constatation de la possibilité du recours à l'assurance.

Sans doute il est possible de fixer des plafonds à l'indemnisation des préjudices. En maints domaines spéciaux les choses se passent ainsi. Mais trouve-t-on là une meilleure justice que celle du droit commun? Cela est encore à démontrer.

En réalité les conceptions doctrinales de ce genre reposent sur l'idée que, si certains sont responsables du risque qu'ils créent, il est juste de faire supporter le dommage exceptionnel par ceux qui portent en eux-mêmes « des risques de dommage démesurés ». Mais il n'y a là qu'un jeu de mots. Celui qui se sert d'une chose, laquelle peut échapper à son contrôle, crée un risque, en ce sens qu'il augmente les chances d'accident. Celui qui jouit de revenus professionnels considérables ne crée aucun risque particulier en se promenant dans la rue. Bien sûr il est exposé au risque d'un dommage plus grand, mais c'est tout autre chose. Entre le risque d'un dommage plus grand et le plus grand risque d'un dommage, il y a un abîme.

349. — En droit positif, en tout cas, le principe incontestable est celui de l'appréciation *in concreto* du dommage. Lorsque, d'aventure, certaines juridictions inférieures croient devoir soumettre à un maximum, fixé abstraitement, l'indemnisation d'un certain type de dommage, cette façon de procéder, si elle transparait dans la motivation des arrêts, expose ceux-ci à la censure de la Cour de cassation (7). Le dommage doit être apprécié en fonction de toutes les données particulières, même personnelles, qui augmentent ou diminuent (8) la gravité de l'atteinte subie par la victime.

350. — Ces données sont, d'abord, celles qui affectent la situation où se serait trouvée la victime *en l'absence du fait dommageable* (situation qui ordinairement se confond avec l'état de fait antérieur au dommage).

(7) Cf. Crim. 3 novembre 1955, S. 1956.89, D. 1956.557 et note R. SAVATIER. En pareil cas, la cassation est motivée par référence à une règle de forme (art. 5 C. civ. : Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises). Mais le jeu de cette règle recouvre un principe de fond, celui de l'appréciation *in concreto* du dommage. La Cour de cassation évite pourtant d'y insister, sans doute pour ne pas sembler remettre en question le principe du pouvoir souverain des juges du fond en matière d'évaluation du préjudice (alors qu'en réalité ces deux règles peuvent fort bien se concilier).

(8) Bien entendu ces données particulières pouvaient placer la future victime dans une situation soit meilleure, soit moins bonne que celle d'un individu moyen quelconque. Il en résulte que ce sera tantôt la victime, tantôt le responsable qui en tirera argument.

Certaines d'entre elles ont d'ailleurs un aspect social et présentent, par rapport au sujet considéré, le caractère de circonstances externes. Si, par exemple, la victime d'un accident se trouve mise dans l'impossibilité de travailler, on ne saurait apprécier son préjudice sans avoir égard à sa situation professionnelle et aux revenus que lui procurait son activité (9). Les jugements et arrêts qui se réfèrent à cet élément sont trop banals pour qu'il y ait lieu d'y insister. Non moins communes sont les décisions qui font état de la situation familiale, lorsque le décès de la victime laisse ses proches sans ressources (10). On n'hésitera même pas à se référer, en ce cas, à la « situation sociale » ou au « rang social » des victimes, pour déterminer notamment la durée des études qu'un chef de famille aurait assurées à ses enfants (11).

Des données particulières de nature sociale sont également susceptibles d'être retenues, sans la moindre difficulté, à propos de l'appréciation du dommage moral. Si par exemple le fait dommageable est propre à porter atteinte à la considération, les juges auront parfois à se demander si la victime jouissait ou non d'une réputation intacte (12). Il n'y a rien, en tout cela, qui soulève le moindre problème.

351. — La solution n'est pas différente lorsque les particularités personnelles qui affectent l'état antérieur de la victime sont des circonstances « internes ». Le cas se présente, notamment, quand un accident provoque l'aggravation d'une invalidité préexistante. Il est évident que l'individu qui devient aveugle subit un moindre dommage si sa vue était déjà très faible : les juges ne manqueront donc pas de tenir compte d'une telle circonstance, pour l'appréciation du préjudice (13).

352. — Dans de telles hypothèses, il est vrai, il suffit de comparer l'état antérieur et l'état actuel de la victime. Mais parfois il n'est guère douteux que l'état de celle-ci se serait modifié, en bien ou en mal, si le fait dommageable n'était pas intervenu. En ce cas encore — à supposer qu'un degré suffisant de certitude puisse être atteint —, il y a lieu de tenir compte des circonstances personnelles, externes

(9) « Les gains procurés par les diverses professions varient beaucoup selon celles-ci et, par suite, le préjudice résultant du fait de leur cessation du fait d'invalidité » (Trib. corr. Albi 7 juin 1957, J.C.P. 1957.II.10184 et note M. LE ROY).

(10) Voir cependant à ce sujet les observations critiques de M. J. BANCAL, J.C.P. 1964.I.1821.

(11) Paris 24 novembre 1956, Gaz. Pal. 1957.1.19; Paris 19 décembre 1958, Gaz. Pal. 1959.1.99, 2^e espèce.

(12) Voir par exemple les motifs des juges du fond reproduits par Civ. 1^{re} sect. 13 janvier 1959, D. 1959.61 et note ROUAST (1^{re} espèce).

(13) Cf., dans le cas d'une personne rendue aveugle, mais « dont la vision était déjà nulle pour un œil et réduite pour l'autre aux 2/10 de l'acuité normale » : Crim. 9 novembre 1933, Gaz. Pal. 1934.1.11; l'arrêt reproduit le motif des juges du fond selon lequel « il convient de tenir compte de l'état antérieur d'infirmité de la partie civile ». La même idée, *a contrario*, inspire les décisions qui relèvent, pour établir l'importance du dommage, que la victime était auparavant en bonne santé (voir par ex. Paris 13 décembre 1956, Gaz. Pal. 1957.1.85).

ou internes. D'une part on aura égard, par exemple, au fait qu'une personne était sur le point d'accéder à une profession (14) ou d'obtenir un avancement (15). D'autre part, quand bien même la réalisation du dommage leur aurait retiré tout effet, « l'on doit tenir compte des prédispositions pathologiques susceptibles de diminuer à bref délai la valeur représentée par l'activité de la victime » (16).

353. — *A fortiori* — il est à peine besoin de le dire — les circonstances individuelles joueront également un rôle décisif dans la mesure où, produisant réellement leur effet postérieurement à la réalisation du dommage, elles sont de nature à influencer la *durée* de celui-ci. Il ne saurait être question de citer les innombrables décisions qui, en cas de dommage corporel, font état de l'âge de la victime; cela est juste, « le préjudice qui lui est causé par l'infirmité étant d'autant plus grand qu'elle est plus jeune et en subira dès lors normalement les effets dommageables plus longtemps » (17).

354. — De même, enfin, on tiendra tout naturellement compte des données personnelles qui, sans intervenir à proprement parler dans la réalisation du dommage, exercent pourtant une influence sur la situation dans laquelle se trouve *ensuite* la victime. Ainsi l'on aura égard à la profession, dans la mesure où la même invalidité est plus ou moins gênante selon l'activité exercée (18). Ou l'on tiendra compte du milieu social de la victime, pour apprécier le préjudice résultant de certaines atteintes portées à la considération (19).

(14) Civ. 2^e sect. 17 février 1961, Gaz. Pal. 1961.I.400, D. 1961, somm., p. 61 *in fine*, Bull. civ. 1961, II, n^o 137, p. 100.

(15) Civ. 2^e sect. 9 juillet 1954, D. 1954.627; Civ. 2^e sect. 13 juillet 1961, Gaz. Pal. 1961.2.216.

(16) Paris 30 octobre 1940, Gaz. Pal. 1940.2.253, D.H. 1940.214. Voir dans le même sens : Crim. 6 mars 1956, Bull. crim. 1956, n^o 222, p. 402; Civ. 2^e sect. 23 juillet 1963, Bull. civ. 1963, II, n^o 570, p. 426. Rapp. : Paris 5 mai 1962, Gaz. Pal. 1962.2.172; Paris 8 janvier 1964, J.C.P. 1964.IV.79.

(17) Trib. corr. Albi 7 juin 1957, J.C.P. 1957.II.10184 et note M. LE ROY. Mais, à l'inverse, la jeunesse peut faciliter la réadaptation professionnelle : cf. Crim. 14 février 1936, D.H. 1936.166.

(18) Voir par exemple : Req. 14 novembre 1934, Gaz. Pal. 1934.2.904; Trib. civ. Saint-Malo 22 octobre 1952, D. 1953 somm. 60 (infirmité sans conséquence, au point de vue professionnel, pour un directeur d'école); Colmar 21 mai 1954, Rev. jur. Als.-Lor. 1954.361 et note C. L. (la diminution de la capacité de travail « doit être appréciée *in concreto*, compte tenu du rôle que jouent dans le travail professionnel de la victime les organes ou les membres atteints »); Trib. corr. Albi 7 juin 1957, précité (« La même infirmité peut interdire à l'un ou diminuer considérablement l'exercice de son activité habituelle antérieure, ou au contraire être sans influence à cet égard pour un autre, vu la diversité des occupations »); Paris 25 mars 1961, D. 1962.136 et note M. LE ROY (« Le docteur R..., qui est pédiatre, est très gêné lorsqu'il s'agit de soulever des enfants pour les examiner... »). Rapp. Liège 20 février 1959, Journ. trib. 1959.533, cité par MM. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. III, n^o 2396-2, note 5-4.

(19) Cf. Douai 15 mai 1962, Gaz. Pal. 1963.I.125, qui relève « que le divorce entraîne une certaine déconsidération dans le milieu social auquel appartient la femme ».

355. — Il n'y a pas lieu d'insister sur ces divers points, qui ne soulèvent, quant au fond, aucune difficulté sérieuse. Dans la mesure où elles influencent le dommage sans intervenir dans sa production, il n'y a pas de raison de faire abstraction des particularités personnelles. En revanche un problème semble se poser — sur le terrain de la causalité — lorsque les particularités jouent un rôle dans la réalisation même du dommage.

2° Les particularités personnelles intervenant dans la réalisation du dommage

356. — Les particularités personnelles qui interviennent dans la réalisation du dommage suscitent un problème spécial, du moins lorsqu'elles présentent un caractère véritablement anormal. Pour envisager ce problème dans ses termes les plus simples, sans qu'il soit compliqué par l'intervention de la liberté humaine, le plus commode est de raisonner sur l'hypothèse classique des *prédispositions* pathologiques qui jouent un rôle causal dans la production d'un dommage (20).

357. — Ce rôle causal, d'ailleurs, peut se manifester sous des formes assez différentes. Parfois les prédispositions offrent à l'influence physique d'un facteur externe un terrain exceptionnellement favorable (cas du cardiaque qui décède à la suite d'un traumatisme léger). Parfois — et le processus est alors assez différent — elles exercent

(20) Dans les développements qui suivent, nous supposons établie l'existence de la faute ou du fait générateur de la responsabilité. Le problème se pose différemment lorsque les prédispositions sont invoquées *pour établir l'illicéité du fait du défendeur*, et spécialement quand se pose la question de la « *réceptivité personnelle* » à propos des troubles de voisinage. Alors la jurisprudence semble admettre que le dommage doit être réparé si la réceptivité personnelle tient à une circonstance qui, quoique particulière, n'a pas de caractère anormal, par exemple la profession (Colmar 16 mai 1827, S. 1828.2.23; Req. 14 juillet 1875, S. 1875.1.352; Req. 17 novembre 1931, D.H. 1932.1, Gaz. Pal. 1932.1.98; Trib. comm. Seine 8 février 1932, Gaz. Pal. 1932.1.511; Amiens 21 décembre 1932, S. 1933.2.45, Gaz. Pal. 1933.1.321, maintenu par Civ. 29 mai 1937, D.H. 1937.393, S. 1937.1.244, Gaz. Pal. 1937.2.363; cf. sur ce point : MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n^{os} 604 à 606). Mais la solution serait-elle la même en présence d'une prédisposition pathologique, donc anormale? Certaines décisions ont pu le faire penser (cf. Nancy 12 avril 1923, Gaz. Pal. 1923.1.743, implicitement; Trib. civ. Grenoble 28 mai 1935, inédit, cité par H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, n^o 1343 : mais ce jugement a été rendu dans le cas, particulièrement favorable, d'un grand blessé de guerre). Cependant il a été également jugé que des bruits nocturnes ne dépasseraient la mesure des obligations communes du voisinage que « s'ils empêchaient une personne ayant un sommeil ordinaire de reposer la nuit » (Orléans 22 novembre 1889, D.P. 1891.2.120). En réalité, il est certain qu'un homme avisé ne peut méconnaître systématiquement, en ce domaine, la maladie ou la faiblesse d'autrui (cf. obs. TUNC, Rev. trim. droit civil 1962, p. 100-101, à propos de Civ. 1^{re} sect. 18 juillet 1961, D. 1961.722, Gaz. Pal. 1961.2.156, J.C.P. 1961.II. 12031 et note ESMEIN). Mais s'agissant d'une telle prédisposition anormale la responsabilité ne devrait pas découler, *ipso facto*, du dommage. On ne peut reprocher à autrui un trouble anormal, quand la seule anomalie est celle que l'on porte en soi-même.

sur un élément du préjudice une influence symétrique de celle du fait extérieur (cas du borgne rendu aveugle (21)). Mais dans l'une et l'autre hypothèse les mêmes difficultés apparaissent sur le terrain de la causalité.

En premier lieu, il est possible de se demander si le dommage résultant des prédispositions n'est pas, par rapport au fait extérieur qui l'a déclenché, un dommage *indirect*. C'est en effet à cette conclusion que l'on devrait logiquement parvenir, semble-t-il, si l'on admettait que le dommage direct est seulement celui qui est la « suite normale » de la faute (22). D'autre part on peut s'interroger sur le point de savoir si la prédisposition n'est pas parfois assimilable à la *cause étrangère* imprévisible et irrésistible qui est de nature à produire, selon les cas, un effet exonératoire total ou partiel. Mais en vérité il semble que ces difficultés se résolvent assez aisément, si l'on prend garde de ne point partir de prémisses inexactes.

358. — Si l'on envisage la question, tout d'abord, sur le terrain du dommage indirect, il ne nous paraît pas impossible d'admettre, sans doute, que le dommage direct est seulement celui qui est « normal ». Mais encore faut-il préciser que ce critère du normal doit seulement s'appliquer à l'*enchaînement causal lui-même*, tel qu'il se déroule à partir de l'intervention du fait dommageable; il ne saurait être question de l'appliquer aux données de fait préexistantes. Il n'importe donc aucunement que la maladie de cœur dont était atteinte la victime d'un accident soit un fait anormal : c'est un fait qui existait d'ores et déjà lors de l'accident, et dont par conséquent l'on ne saurait faire abstraction pour apprécier le caractère normal ou anormal d'un processus causal postérieur. Or si l'on prend garde à cela, tout devient simple : on se trouve devant cette vérité de bon sens qu'il n'y a rien de plus *normal* que de voir un cardiaque décéder à la suite d'un traumatisme moyen (23); l'hypothèse est toute différente de celle qui se réaliserait, par exemple, si la victime d'un accident bénin recevait par hasard une tuile sur la tête en allant se faire soigner chez le pharmacien : alors le dommage serait indirect, parce que l'anormal interviendrait seulement dans le processus causal déclenché par le fait originaire.

(21) Dans ce cas particulier, d'ailleurs, on observera (dans une terminologie plus médicale que juridique) que la prédisposition intervient non pas dans la production d'un dommage « organique », mais seulement dans celle d'un dommage « fonctionnel ». Le mot même de prédisposition est-il bien adapté à une telle hypothèse ? Nous n'en sommes pas convaincu.

(22) Cf. DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. VI, n° 271. Cette formule revient à appliquer la théorie célèbre de VON KRIES, de la causalité adéquate.

(23) C'est ce que méconnaissent les adversaires de la théorie de la causalité adéquate, lorsqu'ils prétendent que celle-ci conduit à ne pas rendre responsable de la mort d'un individu prédisposé celui qui lui a porté un coup insuffisant pour léser gravement un homme normal : voir l'exemple donné par ENDEMANN (*Einführung*, § 129, n° 7) et rapporté par M. MARTEAU (La notion de la causalité dans la responsabilité civile, thèse Aix 1914, p. 94-95) et par MM. MAZEAUD et TUNC (Responsabilité civile, t. II, n° 1441).

En d'autres termes, il ne faut pas confondre la situation dans laquelle vient s'insérer le fait dommageable, et l'enchaînement causal qui s'ensuit. Que la situation originaire — donnée statique — soit normale ou non, cela n'a aucun effet sur le caractère direct ou indirect du dommage; ce qui rend le dommage indirect, c'est l'intervention de l'anormal (notamment du hasard) dans le processus dynamique de la causalité. Or rien de tel n'apparaît dans le cas des prédispositions.

359. — Peut-on davantage considérer les prédispositions (à supposer que leur effet soit suffisamment imprévisible et irrésistible) comme constitutives d'une force majeure? Cela n'est pas douteux, bien évidemment, lorsque celui auquel il est demandé réparation n'aurait, en l'absence de ces prédispositions imprévisibles et irrésistibles, causé *aucun dommage* à une personne normale (24) (de même les prédispositions peuvent être exclusives de faute dans le cas d'une obligation de moyens, comme celle du médecin (25)). Mais lorsqu'il est constant que le défendeur est pleinement responsable de l'élément initial du préjudice (par exemple une blessure légère), est-il fondé à prétendre que le surplus de dommage résultant d'une prédisposition (par exemple une affection latente déclenchée par le choc) constitue pour lui l'effet d'une cause étrangère non-imputable, dont il ne doit pas répondre, ou du moins pas totalement?

A coup sûr, une exonération totale (relativement à ce surplus de dommage) n'est pas justifiable. En effet on ne voit pas comment l'influence de la prédisposition pourrait constituer, pour le défendeur, un cas de force majeure, puisque l'accident lui-même, par hypothèse, n'en constituait déjà pas un.

Il s'ensuit qu'il n'est même pas possible d'assimiler cette situation à celle où la force majeure entre en concours avec le fait du responsable et où la jurisprudence — à tort, croyons-nous — admet, pour cette raison, une exonération partielle (26). Dans le cas qui nous occupe, en effet, la prédisposition joue un rôle purement passif aussi longtemps que le fait du responsable ne vient pas lui faire produire effet et réveiller son dynamisme; elle n'est en aucune façon un événement, concurrent du fait dommageable (à la manière d'une tempête, par exemple). Or il est constant qu'aucune exonération, même partielle, ne peut

(24) Voir par exemple Civ. 2^e section 11 mai 1960, Bull. civ. 1960, II, n° 299, p. 203 (un automobiliste est exonéré à bon droit dès lors que la chute du piéton — en l'absence de contact — « n'avait d'autre cause que son âge et l'état d'une jambe malade »); Voir également Civ. 2^e section 26 janvier 1961, Bull. civ. 1961, II, n° 84, p. 59.

(25) Voir *supra*, n° 300 *in fine*.

(26) On sait que c'est la solution consacrée par la jurisprudence depuis les arrêts rendus à la suite du naufrage du « Lamoricière » : Civ. sect. comm. 19 juin 1951 (2 arrêts), D. 1951.717 et note RIPERT, S. 1952.1.89 et note NERSON, J.C.P. 1951.II.6426 et note BECQUÉ, Gaz. Pal. 1951.2.151. Voir également : Civ. 2^e sect. 13 mars 1957 et note RADOUANT, S. 1958.77 et note MEURISSE, J.C.P. 1957.II.10084 et note ESMEIN; Paris 4 juillet 1956, Gaz. Pal. 1956.2.177; Paris 17 mars 1958, D. 1959.125 et note RODIÈRE. Rapp. Civ. 2^e sect. 6 mars 1957, Gaz. Pal. 1957.2.277.

être envisagée au profit de celui qui a lui-même déclenché la prétendue force majeure.

360. — Ni l'idée de dommage indirect, ni celle de cause étrangère ne nous semblent donc pouvoir être invoquées à propos des prédispositions qui viennent aggraver un dommage. Nous pensons que celles-ci ne doivent avoir, logiquement, aucune incidence sur l'appréciation de la causalité, et que le dommage qui en résulte doit être réparé exactement comme n'importe quel autre préjudice (27). Notamment il est vain de s'interroger sur le caractère plus ou moins imprévisible des prédispositions, cette imprévisibilité ne devant avoir en réalité (réserve faite du jeu de l'art. 1150 C. civ., en matière contractuelle) aucune importance (28).

361. — Une idée assez différente a, il est vrai, été suggérée pour justifier, en cas de prédisposition pathologique, une exonération au moins partielle. « Si le défendeur — écrit M. Tunc (29) — répond du dommage qu'il cause par suite d'une maladie, ou en tout cas d'une maladie se rattachant essentiellement à son « être », il semble que l'on puisse admettre que le demandeur doit, lui aussi, subir le dommage ou la part du dommage résultant essentiellement de son « être... ».

Si l'on se rappelle les positions que nous avons prises à propos de la faute (30), on comprendra que nous ne puissions nous rallier à cette argumentation. Chacun ne répond, croyons-nous, du caractère normal de son « être » que lorsqu'il est tenu d'un devoir ou d'une obligation incluant une certaine part de garantie : tel le gardien d'une chose, responsable en vertu de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code ci-

(27) Voir en ce sens : SAVATIER, Responsabilité civile, 2^e éd., t. II, n° 464; H. et L. MAZEAUD, Responsabilité civile, 4^e éd., t. II, n° 1613; STARCK, thèse précitée, p. 406-407; MEURISSE, De l'influence des états mentaux et de la maladie sur la responsabilité civile, S. 1959, chron. p. 13 et s., spécialement § III. *Contra* : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, t. VI, 2^e éd., n° 541; GARDENAT et SALMON-RICCI, De la responsabilité civile (délits et quasi-délits), n° 154; TUNC, in MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, 5^e éd., t. II, n° 1613; PRADEL, La condition civile du malade, thèse Poitiers 1960, n°s 119 et s.

(28) M. ESMEIN (note sous Crim. 15 janvier 1958, J.C.P. 1959.II.11026) pose ce problème de la prévisibilité non seulement à propos des prédispositions, mais même de toutes les données personnelles pouvant influencer le dommage. «... Doit-on ou non prévoir, par exemple, que l'homme qu'on blesse dans une collision de voitures a une tare qui peut entraîner sa mort dans l'opération qu'il devra subir, que, d'autre part, il avait des gains professionnels considérables et laisse de jeunes enfants? Doit-on prévoir que la personne que l'on heurte est une femme enceinte? Doit-on prévoir que l'homme blessé va subir une mutilation qui empêchera le mariage auquel il devait procéder, ou que sa mort empêchera la reconnaissance et la légitimation de son enfant? Nul ne peut répondre à de telles questions... ». En vérité, il est très facile de répondre à ces questions : par la négative (et c'est bien ainsi que l'entend en réalité l'éminent auteur, dont la perplexité n'est ici qu'un artifice de style). Mais peut-on en conclure qu'il faut, en cas de prédisposition, modérer l'indemnité, à moins d'avoir « pris par avance le parti de la victime »? Rien n'est moins démontré.

(29) MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, n° 1613.

(30) Voir *supra*, n°s 31 et s., 94 et s.

vil (31). Mais on ne voit guère quelle obligation de ce genre pourrait peser sur la victime d'un accident, considérée en tant que telle. Or sur le terrain de la diligence due par tous, il nous semble tout à fait inexact de faire abstraction des particularités physiques qui n'altèrent pas le caractère raisonnable de la conduite. La suggestion émise par M. Tunc nous paraît même illustrer le vice d'une appréciation *in abstracto* de la faute qui ignore systématiquement toutes les particularités internes : dans une telle perspective, en effet, il est possible de soutenir que c'est une faute de déranger le médecin pour une maladie se rattachant à votre « être », que c'est une faute d'avoir une crise cardiaque à la suite d'un accident bénin, que c'est une faute de mourir à contretemps... Bien sûr, nous poussons ici le raisonnement à l'absurde. Mais c'est à cela que l'on est conduit si l'on méconnaît le rôle essentiel que joue, dans l'appréciation *in abstracto* de la faute, le primat de la raison. Si l'on en tient compte, au contraire, on ne sera pas tenté de traiter les réactions pathologiques de l'organisme comme une sorte de faute de la victime.

362. — Aucune raison décisive ne paraît donc justifier un refus — ou une limitation — de l'indemnisation, relativement à la partie du dommage qui résulte de prédispositions pathologiques. Cependant il faut reconnaître que les tribunaux s'y trompent parfois et que certaines décisions font bénéficier le responsable d'une exonération plus ou moins étendue.

363. — Assurément il faut mettre à part le cas où il n'est même pas prouvé que l'apparition ou l'évolution d'une maladie a été influencée en quoi que ce soit par le fait invoqué comme dommageable. Il est tentant, pour certains, de vouloir rattacher au fait d'autrui des affections qui en réalité les auraient frappés de toute façon. Il est donc parfaitement normal que les tribunaux, en ce cas, tiennent compte de l'état pathologique antérieur, pour refuser l'indemnisation du dommage résultant d'une maladie ou d'un décès (32).

364. — Mais cela dit — qui va de soi —, la jurisprudence admet généralement que les prédispositions ne rompent pas la causalité et que le dommage dont elles sont l'une des causes doit donner lieu à indemnisation.

Il en est ainsi, tout d'abord, lorsque les prédispositions ont, à l'égard du dommage, un effet symétrique de celui du fait extérieur imputable à autrui. Ainsi le borgne qui est privé de son unique œil doit-il être indemnisé à raison de sa cécité, et non pas comme un homme quelconque qui, dans la même conjoncture, conserverait la

(31) Voir *supra* n° 99.

(32) Voir par exemple : Trib. civ. Seine 30 janvier 1941, Gaz. Pal. 1941.1.255; Grenoble 18 novembre 1958, D. 1959.201.

vision d'un œil (33). Il en va de même pour la victime qui n'avait qu'un rein et qui se trouve réduite à l'invalidité par la lésion de cet organe (34). On tiendra même compte, pour l'appréciation du préjudice, du fait que la victime, atteinte au bras gauche, était un gaucher (35).

La solution est la même lorsque les prédispositions ont offert à l'influence d'un facteur externe un terrain anormalement fragilisé.

Ainsi l'on admettra « qu'il y a relation certaine de cause à effet entre l'accident et le décès de la victime », dans le cas où « la commotion ressentie a déséquilibré un organisme fragile, et déterminé, dans un état de santé précaire, une aggravation certaine aboutissant au décès » (36). L'auteur d'un accident devra réparer le préjudice résultant de la mort d'un diabétique, bien que l'accident n'ait présenté en lui-même aucune gravité (37). Un chirurgien sera responsable du décès causé par l'oubli d'une compresse dans l'abdomen d'un malade, même s'il est constant que cet incident ne pouvait entraîner de complications graves chez un sujet normal (38). Ce sont là des exemples illustrant un principe de solution que l'on peut tenir pour consacré par la jurisprudence dominante (39). On observera, en outre, qu'il n'en va pas différemment lorsque les prédispositions pathologiques interviennent dans le domaine mental (40).

365. — Les arrêts auxquels nous nous référons ici — et selon lesquels même la part du dommage résultant des prédispositions doit

(33) Crim. 9 novembre 1933, Gaz. Pal. 1934.I.11. Une fois ce principe admis, d'ailleurs, il subsiste des difficultés quant à l'évaluation du dommage : cf. R. BÉRAUD, Comment est évalué le préjudice corporel, 1961, n° 80.

(34) Crim. 11 janvier 1961, Bull. crim. 1961, n° 17, p. 31.

(35) Paris 18 mars 1955, D. 1955.478, J.C.P. 1955.II.8814 et note P. ESMEIN (1^{re} espèce).

(36) Paris 30 octobre 1940, D.H. 1940.214, Gaz. Pal. 1940.2.253 (individu atteint, avant l'accident, d'une affection cardio-rénale grave).

(37) Lyon 11 avril 1951, S. 1952, chron. p. 7.

(38) Paris 5 mars 1957, D. 1957.299, S. 1957.230, J.C.P. 1957.II.10020 et note R. SAVATIER. Voir également, dans le domaine médical : Paris 1^{er} mars 1949, S. 1949, chron. p. 62.

(39) Voir encore : Rouen 23 mai 1955, J.C.P. 1955.IV.124; Paris 5 mai 1962, Gaz. Pal. 1962.2.172. Rapp. Paris 30 avril 1957, D. 1957.550 et note GOLLÉTY (cas un peu différent, où les prédispositions, à les supposer établies, seraient intervenues à l'origine même du dommage et non pour aggraver celui-ci; en ce cas, on sait que l'exonération est possible si les prédispositions présentent les caractères de la force majeure). On notera également que sur le terrain pénal (à propos de la qualification des infractions, notamment de l'homicide par imprudence) la jurisprudence s'attache au seul résultat concret, même lorsque celui-ci résulte de prédispositions (voir notamment Crim. 15 novembre 1928, D.P. 1932.1.56).

(40) Req. 2 décembre 1940, S. 1940, tables, p. 41 (femme tombée malade de frayeur, pour avoir vu surgir près d'elle un taureau échappé); Cic. sect. soc. 25 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 107, p. 83 (dépression nerveuse d'un employé congédié irrégulièrement); Trib. civ. Lisieux 7 juin 1963, Gaz. Pal. 1964.1, somm. p. 5; Paris, 8 janvier 1964, J.C.P. 1964.IV.79. Comp., pour une dépression nerveuse déclenchée chez une ancienne déportée, par une lettre de menaces : Crim. 27 mars 1957, cité *infra* n° 366. Mais pour le cas où les conséquences de la prédisposition mentale ne sont plus qu'un dommage indirect, voir Montpellier 7 mars 1961, J.C.P. 1963.II.13022 et note P.M.F. DURAND.

donner lieu à une indemnisation — ne formulent aucune réserve qui permette de douter du caractère *intégral* de cette réparation. Certains affirment même de la façon la plus nette cette nécessité d'une réparation entière, en énonçant, par exemple, « que lorsque la faute a été déterminante du dommage, qui sans elle ne se serait pas produit, l'auteur de la faute doit être tenu à la réparation intégrale du préjudice causé » (41). Et en effet, selon les principes traditionnels, cette solution s'imposait une fois admis que les prédispositions ne rompent pas la causalité. Sans doute une hésitation est-elle concevable, depuis la consécration — en 1951 — de la jurisprudence dite « du Lamo-ricière », qui admet l'exonération partielle en cas de concours du fait du défendeur et d'une cause étrangère non-imputable (42). Même depuis cette époque, pourtant, il a été jugé que le dommage résultant des prédispositions doit être intégralement réparé (43).

366. — Depuis longtemps, cependant, il existe aussi un courant jurisprudentiel inverse, attribuant au jeu des prédispositions un effet exonératoire plus ou moins étendu. A vrai dire il n'est pas toujours facile de discerner si, en modérant les dommages-intérêts en ce cas, les décisions qui s'inspirent de cette tendance entendent refuser toute réparation à la part « anormale » du dommage, ou seulement en limiter la réparation proportionnellement au concours des causes. Mais quoi qu'il en soit, il est indéniable que certaines juridictions ne traitent pas le dommage de la même manière selon qu'une personne non-prédisposée l'aurait ou ne l'aurait pas éprouvé (44). Notamment la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis le bien-fondé de la solution moyenne, selon laquelle les prédispositions ne rompent pas la causalité mais autorisent les juges à n'accorder qu'une réparation partielle du dommage anormal, celui-ci n'étant pas le fait exclusif du responsable et résultant également d'autres circonstances non imputables à ce dernier (45) (cependant l'arrêt rendu en ce sens, dans la mesure où il se réfère au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, permet de penser que ceux-ci auraient pu, sans être davantage censurés, allouer une réparation intégrale).

(41) Paris 30 octobre 1940, précité.

(42) Bien que cette jurisprudence, à notre sens, ne trouve pas matière à s'appliquer dans le domaine présentement étudié, voir *supra* n° 359.

(43) Voir notamment : Rouen 23 mai 1955, J.C.P. 1955.IV.124; Trib. civ. Lisieux 7 juin 1963, Gaz. Pal. 1964.1, somm. p. 5; Paris 8 janvier 1964, J.C.P. 1964.IV.79.

(44) Bordeaux 26 octobre 1926, Gaz. Pal. 1927.1.355 (exonération partielle); Toulouse 25 mars 1927, Sem. jur. 1927, p. 765 (exonération totale pour la part de dommage résultant des prédispositions); Trib. civ. Seine 8 mars 1938, Gaz. Trib. 12 avril 1938; Nîmes 16 décembre 1938, Rev. gén. ass. terr. 1939.96. Voir dans le même sens la solution de la jurisprudence administrative : Cons. d'État 29 janvier 1936, La Loi 31 décembre 1936; Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° Responsabilité civile, n° 157.

(45) Crim. 27 mars 1957, Bull. crim. 1957, n° 290, p. 520 (en l'espèce il s'agissait d'une prédisposition d'ordre mental : cas d'une ancienne déportée, demeurée particulièrement impressionnable, et chez qui la réception d'une lettre de menaces avait déclenché une dépression nerveuse).

367. — En dépit de ces divergences et de ces incertitudes, il semble que l'on puisse, compte tenu de l'autorité inégale des diverses décisions rendues en la matière, résumer ainsi l'état du droit positif : le dommage lié aux prédispositions n'en constitue pas moins un dommage direct, qui doit donner lieu à réparation; mais la question de savoir si cette réparation doit être intégrale demeure en suspens (46). Quoi qu'il en soit sur ce dernier point, on peut donc écarter, en tout cas, le système abstrait consistant à prendre uniquement en considération le dommage qu'une personne normale aurait éprouvé.

368. — Ainsi le refus de l'abstrait se manifeste-t-il aussi bien à propos des particularités personnelles qui concourent à la production du dommage, qu'à propos de celles qui influencent le dommage sans intervenir dans sa réalisation. Mais il faut remarquer que la mise en œuvre de ce principe commun s'opère de façon en quelque sorte inverse, selon que l'on envisage l'un ou l'autre aspect. Lorsqu'il s'agit des particularités qui n'interviennent pas dans la production du dommage, le juge, pour se rapprocher autant que possible du concret, devra *tenir compte* de ces données particulières (âge ou activité de la victime, par exemple). Lorsqu'il s'agit des prédispositions, au contraire, le juge devra *faire abstraction* s'il entend assurer la réparation du dommage concret... (47). Mais le paradoxe — si c'en est un — n'a rien de très mystérieux : quand une particularité personnelle influence le dommage sans intervenir dans sa production même, elle demeure extérieure au support physique de ce dommage, et il faut une démarche spéciale de l'esprit pour l'en rapprocher; quand, au contraire, la particularité a concouru à la réalisation du dommage, il suffit de considérer concrètement celui-ci pour tenir compte de l'influence qu'elle a exercée, quand bien même on ignorerait qu'elle existe (c'est en voulant faire la part de son rôle causal qu'on méconnaîtrait une partie de son effet). Ainsi, en dépit de la dissymétrie signalée, c'est bien le dommage concret et individuel qui, dans l'un et l'autre cas, doit être considéré.

(46) Nous n'avons raisonné (faut-il le préciser?) que sur le terrain du droit commun. Dans le domaine des accidents du travail, il est certain que, d'une part, les prédispositions pathologiques ne détruisent pas la présomption d'imputabilité (voir notamment Civ. sect. soc. 11 février 1955, D. 1955.378; Civ. sect. soc. 20 juillet 1955 et 28 avril 1956, J.C.P. 1956.II.9486 et note G.H.G., 1^{re}, 4^e et 5^e espèces; Civ. sect. soc. 16 mai 1958, J.C.P. 1958.II.10692 et note F.D.) et que, d'autre part, elles ne permettent pas de réduire la rente allouée (voir spécialement Civ. sect. soc. 6 juillet 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 739, p. 584). Sur la question spéciale des accidents du travail successifs, voir l'article 453 al. 4 du Code de la Sécurité sociale; on observera d'autre part que l'application de la formule dite « de Gabrielli » (voir *infra*, n° 394) conduit à imputer au second accident un dommage fonctionnel dont l'importance est accrue par l'accident antérieur.

(47) Sauf pourtant dans le cas spécial où les prédispositions interviennent non pas dans la production d'un dommage organique, mais seulement dans celle d'un dommage fonctionnel (cas du borgne rendu aveugle). Alors, en effet, le préjudice particulier, étant immatériel, ne peut-être appréhendé qu'à partir de la constatation de ses diverses causes concrètes.

369. — Ce n'est pas à dire, pourtant, qu'il faille nécessairement, à propos du dommage et de son indemnisation, envisager les moindres données individuelles. Si nous croyons que l'influence objective des particularités personnelles sur le dommage doit, en toute hypothèse, avoir sa répercussion sur le terrain de la réparation, en revanche on peut se demander s'il ne faut pas opposer une limite aux variations de la pure subjectivité, et soumettre à une norme raisonnable l'influence qu'exerceraient volontiers en ce domaine les caprices de la psychologie individuelle.

§ 2. — INFLUENCE DE LA PSYCHOLOGIE INDIVIDUELLE SUR LE DOMMAGE

370. — Parmi les données psychologiques particulières qui sont de nature à réagir sur le dommage, certaines ont un caractère en quelque sorte objectif, et ne dépendent en aucune manière de la volonté de la victime. Il n'y a alors aucune raison de méconnaître leur effet et de les traiter autrement que les particularités externes ou purement physiques. Ainsi l'on a déjà vu, à propos des prédispositions pathologiques, que celles-ci peuvent parfaitement intervenir dans des domaines touchant au psychisme (cas de personnes prédisposées à la dépression nerveuse ou mentale), et qu'en ce cas le dommage qui en résulte doit donner lieu à indemnisation (48). De même on admettra sans difficulté que, lorsqu'un accident diminue les facultés intellectuelles de la victime, celle-ci subit un préjudice plus ou moins important selon son niveau d'intelligence et de culture (49).

Mais les dispositions psychologiques personnelles qui sont invoquées à propos du dommage se rattachent souvent à une part du psychisme qui relève beaucoup plus certainement de la volonté de chacun. Sur les goûts, les sentiments, les caprices, il est possible d'exercer un certain empire. Sans vouloir jouer les moralistes, il est permis de penser que c'est un devoir et une sagesse de savoir se dominer, dans une mesure raisonnable, et de ne pas cultiver ses regrets, ses souffrances ou ses inquiétudes. Est-il donc juste de décider — sous prétexte que le dommage doit s'apprécier *in concreto* — que ceux qui ne savent ou ne veulent pas s'imposer une telle discipline subissent, toutes choses égales d'ailleurs, un plus grand préjudice? On hésitera à l'admettre si l'on estime que, d'une façon générale, la victime doit s'efforcer de réduire au minimum les conséquences du dommage (50).

(48) Voir *supra* n° 364 *in fine*. Mais encore faut-il qu'il s'agisse d'un dommage direct : cf. Montpellier 7 mars 1961, J.C.P. 1963.II.13022 et note Paul M.F. DURAND.

(49) Cf. Trib. corr. Mons 1^{er} avril 1935, S. 1935.4.19 (« la position sociale et surtout la culture intellectuelle de la victime d'un accident sont des éléments qui doivent entrer dans le calcul des indemnités pour souffrances physiques et morales, lorsqu'elles font ressentir plus cruellement et plus amèrement l'amointrissement considérable qu'elle a subi dans toute sa personne »).

(50) Cf. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. II, n° 1673 (observant notamment que les juristes anglais et américains ont particulièrement insisté sur cette idée).

Certains penseront même que, dès avant la réalisation de tout préjudice, il appartient à chacun, lorsqu'il conçoit pour des êtres mortels et des biens périssables un attachement dépassant la normale, de savoir qu'il assume par là-même le risque d'un chagrin plus grand. Nul stoïcisme en cela : il ne s'agit point d'apprécier le dommage à la mesure d'un « *constantissimus homo* », mais seulement d'un homme raisonnable.

371. — Si l'on veut bien entrer dans ces vues, on admettra que le dommage ne se confond pas nécessairement avec la peine subjective qu'il provoque, et se proportionne moins encore à l'idée que s'en fait la victime (51). Et l'on en tirera un certain nombre de conséquences pratiques, concernant non seulement le dommage moral, mais encore le préjudice d'agrément et le préjudice pécuniaire.

372. — 1^o) Même à propos du *préjudice pécuniaire*, en effet, il est possible de se référer, parfois, à une règle de discipline morale et d'empire sur soi-même. L'occasion s'en présente surtout quand la maladie ou la mort d'une personne est, aux yeux de ses proches, la justification de toutes sortes de frais que concourent à grossir le sentimentalisme, l'esprit de routine, voire le respect humain ou la pure vanité. Il appartient alors au juge, pour déterminer si la charge financière qui en résulte constitue un dommage direct — et même un dommage tout court (52) —, de se demander si les dépenses en question présentent un caractère *normal*. Mais encore faut-il préciser que la norme à fixer, en l'occurrence, est loin d'être purement abstraite; il est raisonnable d'avoir égard à certaines contingences tenant à des groupes sociaux particuliers ou même à des caractéristiques individuelles objectives; il faut seulement éviter de prendre pour mesure le simple arbitraire de la volonté personnelle.

373. — Et c'est bien ainsi que l'entendent généralement les tribunaux. D'ailleurs la Cour de cassation, prenant la question sous l'angle de la causalité, exerce son contrôle en cette matière. Elle n'a pas hésité

(51) Sur cette distinction du dommage objectivement causé et de la souffrance subjectivement ressentie, voir STARCK, thèse précitée, p. 400 et 401. Cet auteur cite en outre (p. 407) un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 2 mars 1943 (Mon. jud. Lyon 23 mai 1944, Gaz. Pal. 1944.1, tables, v^o Responsabilité civile, n^{os} 22-23) qui a jugé que « le fait de retenir des phénomènes d'auto ou hétérosuggestion dont la victime d'un accident serait atteinte aboutirait à bouleverser les bases d'évaluation de toute réduction de capacité consécutive à un accident, au point que cette évaluation ne serait plus possible et qu'on arriverait ainsi à substituer à la gravité réelle d'une blessure ou maladie l'idée que, volontairement ou involontairement, le blessé ou le malade se font de leur état ». A la vérité, l'application qui est ici faite de cette dernière idée ne nous convainc pas; difficultés de preuve mises à part, il nous paraîtrait légitime de tenir compte de troubles psychopathologiques, si ceux-ci échappent à l'empire de la volonté.

(52) Nous sommes enclin à penser, en effet, que les dépenses somptuaires ou inutiles qui peuvent être faites en de telles circonstances ne constituent pas véritablement un dommage indirect, mais qu'en réalité elles ne sont même pas un dommage à proprement parler.

à casser, naguère, un arrêt (53) qui avait accordé au père de la victime d'un accident le remboursement du voyage de Grèce à Paris, et du séjour passé dans cette ville au chevet de son fils, « sans préciser les éléments susceptibles de conférer à ce voyage et à ce séjour le caractère d'une suite directe et nécessaire des fautes retenues » (54). Le motif paraît même sévère, dans la mesure où il semble exiger que la dépense soit non seulement normale mais « nécessaire ». Certes nous voyons bien que cet adjectif est emprunté à Pothier, qui l'employait déjà à propos du dommage indirect (55); mais on pourrait préférer le recours au critère du normal ou — s'agissant du domaine moral — du raisonnable. Les tribunaux emploient d'ailleurs ces derniers mots tout naturellement, à propos de situations de ce genre (56).

374. — Relativement aux frais funéraires, on voit également les tribunaux apprécier, par un examen raisonnable, le bien-fondé des dépenses engagées par les familles. Mais l'on constate de façon très nette que cette appréciation n'est pas purement abstraite et que, si elle refuse de suivre le simple caprice, elle tient compte des contingences sociales particulières et de la personnalité du défunt. Ainsi les juges observent-ils que des frais d'obsèques ne sont pas exagérés « eu égard au rang social » de la victime et de sa famille (57). Ainsi accordent-ils le remboursement des frais d'un repas d'enterrement, en relevant qu'il est de coutume constante dans les villages de la région d'inviter les parents et amis qui ont assisté aux funérailles (58). Ou bien encore ils énoncent « que les frais funéraires doivent être déterminés en fonction de la personnalité du *de cujus* » (59).

375. — On ne peut manquer d'observer la similitude qui existe entre des appréciations de ce genre et celles auxquelles donnent lieu, en d'autres domaines, les *besoins* (60). Dans l'un et l'autre cas, une

(53) Paris 30 juin 1958, Gaz. Pal. 1958.2.348.

(54) Civ. 1^{re} sect. 20 décembre 1960, D. 1961.141 et note ESMEIN, S. 1961.178, J.C.P. 1961.II.12031 et note TUNC.

(55) Cf. le célèbre passage du Traité des Obligations, n^{os} 166 et s.

(56) Voir par exemple Trib. civ. Nice 9 mars 1962, D. 1962.414 et note M. LE ROY : « Attendu qu'il est normal qu'un père aille voir son fils blessé intransportable...; que pour une immobilisation qui a duré deux ans, le père ne compte que 14 voyages au prix réduit...; que cette demande paraît raisonnable et doit être accueillie ». (En l'espèce, il est vrai, il ne s'agissait que du voyage de Roquebrune-Cap Martin à Paris; pour un voyage aussi long que celui de Grèce en France, on peut estimer qu'il n'est raisonnable de l'entreprendre aux frais d'autrui que lorsque cela est véritablement nécessaire).

(57) Paris 24 novembre 1956, Gaz. Pal. 1957.1.19.

(58) Trib. civ. Avesnes 5 avril 1960, D. 1960 somm. 78.

(59) Trib. corr. Lille 28 mars 1962, D. 1962.431 et note M. LE ROY (frais point trop élevés, en l'espèce, « le défunt, âgé de 18 ans, faisant des études secondaires ... »!).

(60) Voir le chapitre précédent. On rapprochera aussi de l'appréciation des besoins un arrêt qui, allouant réparation à la veuve d'un médecin en vogue, a défalqué des revenus de celui-ci les frais qu'il consacrait à « l'obligatoire soutien d'un standing de vie élevé, dont la nécessité disparaît avec l'exercice de sa profession » (Paris 24 novembre 1956, précité, Gaz. Pal. 1957.1.19).

norme est imposée, à l'encontre de l'arbitraire des convenances particulières. Mais dans les deux cas également cette norme peut s'infléchir en fonction des particularités sociales ou personnelles.

De même il faudrait retenir, à propos du dommage pécuniaire, l'idée (61) selon laquelle la santé ne constitue jamais un besoin anormal quels que soient les moyens exceptionnels requis par sa conservation ou son rétablissement. On ne peut se défendre de quelque perplexité lorsqu'on lit dans un jugement qu'« on ne saurait admettre que le préjudice soit rendu plus élevé par la seule volonté de la victime, s'adressant en raison de sa situation de fortune, ou de son goût du luxe, à des sommités de l'art médical, dont il lui plaît de ne pas discuter les honoraires... » (62). Ce motif ne convaincra guère ceux qui estiment que tous les thérapeutes ne se valent pas, et que les « économies de médecin » sont parmi les moins raisonnables. Cependant il est vrai que la victime d'un dommage devrait s'efforcer d'en limiter les conséquences et qu'il appartient au juge, en ce domaine, d'opposer une limite aux fantaisies individuelles.

Cette limite, d'ailleurs, ne concerne pas uniquement les caprices dispendieux. Ce n'est pas le seul préjudice pécuniaire, mais aussi le préjudice moral, et peut-être le préjudice d'agrément, qui peuvent, dans une certaine mesure, être soumis à une norme.

376. — 2^o) Il est clair que le *préjudice d'agrément* tend naturellement à varier en fonction des goûts et des habitudes de chacun, et qu'il serait peu réaliste de vouloir ignorer systématiquement ces données personnelles (63). Aussi bien les tribunaux ont-ils souvent l'occasion d'en faire état : ils relèveront, par exemple, que la victime d'un accident, atteinte d'une blessure qui la prive de certaines distractions, était un homme sportif (64), un homme cultivé (65), ou même qu'elle avait des « habitudes mondaines » (66). Mais est-ce à dire qu'aucune norme ne puisse intervenir en la matière, et que le préjudice d'agrément se modèle inconditionnellement sur les habitudes et les goûts individuels ? Il est permis d'hésiter sur ce point.

377. — Il faut d'abord observer, à cet égard, que les données subjectives exercent ici leur influence dès avant la production du

(61) Voir *supra*, n^{os} 312 et s., et 327.

(62) Trib. corr. Chartres 28 octobre 1938, D.H. 1939.31.

(63) Nous envisageons ici la forme la plus courante du préjudice d'agrément, c'est-à-dire la privation de certaines des joies de la vie. Mais on peut concevoir aussi une hypothèse toute différente, celle où un défaut de caractère fait ressentir comme un désagrément un fait qui ne gênerait pas une personne normale. En ce cas les juges devraient certainement faire preuve d'esprit critique. S'agissant, par exemple, d'un homme auquel les abeilles de son voisin faisaient peur, une cour d'appel a admis l'action fondée sur l'art. 1385 C. civ., mais après s'être demandé « si cette frayeur est justifiée » (Rouen 4 mars 1953, Gaz. Pal. 1953.2.92).

(64) Trib. civ. Cahors 14 novembre 1957, D. 1958.194 et note M. LE ROY.

(65) Paris 25 mars 1961, D. 1962.136 et note M. LE ROY.

(66) Trib. civ. Seine 11 octobre 1937, Gaz. Pal. 1937.2.792 (habitudes mondaines tenant à « sa situation dans la société parisienne »).

dommage. Il ne saurait donc être question d'opposer à la victime un devoir de modération, au motif qu'il lui incombe d'essayer de limiter les conséquences du préjudice. Avant tout accident, cette idée ne peut trouver à s'appliquer : si certains cultivent des plaisirs rares (que nous supposons honnêtes, bien entendu) ou jouissent de la vie plus intensément que d'autres, on ne peut guère, d'un point de vue social, leur en faire grief. Leur dira-t-on, après coup, qu'ils ne jouissaient qu'à leurs risques et périls de ce qui, dans leurs agréments, excédait l'usage ou la commune mesure ? Aux esprits libéraux, le bien-fondé d'une telle conception n'apparaîtra pas avec une évidence aveuglante.

378. — Cependant il semble que les tribunaux, à propos de l'indemnisation du préjudice d'agrément, s'interrogent parfois sur le caractère normal des distractions dont le fait dommageable a privé la victime. Ils évoquent, par exemple, « la privation des joies *usuelles* de la vie » (67), ou des « joies *légitimes* que l'on peut attendre de l'existence » (68). Ou bien ils analysent le dommage éprouvé par la victime comme « la privation des satisfactions diverses d'ordre social, mondain ou sportif, dont est en droit de bénéficier *normalement* un homme de son âge et de sa culture » (69). Faut-il en déduire que la nécessité de renoncer à des violons d'Ingres par trop excentriques ne donnerait pas lieu à réparation ? Il est possible d'interpréter en ce sens de tels motifs. S'il en était ainsi, le rapprochement avec l'appréciation des besoins normaux s'imposerait derechef.

En tout cas, il serait absolument injustifiable de vouloir introduire en la matière une norme purement abstraite. Il s'est pourtant trouvé des juges pour poser en principe que le préjudice d'agrément « doit être apprécié d'une manière égale pour tous les individus, la personne humaine ayant par définition toujours la même valeur » (70). Comme s'il s'agissait de fixer le prix de la personne humaine !! Un tel raisonnement procède, en vérité, d'un égalitarisme ingénu.

379. — Sans s'arrêter à cette conception singulière, on admettra donc que l'appréciation du préjudice d'agrément doit s'opérer de façon très concrète (réserve faite, naturellement, des difficultés techniques d'évaluation et des problèmes de preuve). A supposer qu'une règle doive intervenir en ce domaine, à l'encontre de ce qui serait par trop excentrique, une telle règle devrait certainement se déterminer en tenant le plus grand compte de la diversité humaine. Mais l'introduction d'une norme, à vrai dire, s'impose ici bien moins énergiquement qu'à propos du dommage moral, notamment d'ordre affectif.

(67) Trib. civ. Cahors 14 novembre 1957, précité, D. 1958.194 et note M. LE ROY.

(68) Trib. civ. Nantes 24 mai 1938, Gaz. Pal. 1938.2.433.

(69) Paris 25 mars 1961, précité, D. 1962.136 et note M. LE ROY.

(70) Trib. corr. Albi 7 juin 1957, J.C.P. 1957.II.10184 et note M. LE ROY.

380. — 3^o) En ce qui concerne le *préjudice moral*, il semble raisonnable d'opposer une limite, tant à la fantaisie des sentiments individuels, qu'à la veulerie et au manque d'énergie. D'une part, en effet, même en dehors de toute immoralité, il y a dans certains attachements — visant des personnes aussi bien que des animaux ou des choses — quelque chose d'un peu aberrant, dont il paraît assez choquant de faire supporter les conséquences à autrui. D'autre part il est souhaitable que chacun s'efforce de réagir raisonnablement contre son chagrin, en faisant preuve d'un courage moral au moins moyen (71). Pour ces deux raisons, il ne paraît pas opportun — même toute difficulté de preuve étant supposée résolue — de pousser à l'extrême l'appréciation *in concreto* du préjudice moral, et spécialement affectif. Mieux vaut, selon la formule de M. Starck (72), « essayer de découvrir sous le préjudice subjectivement ressenti le dommage objectivement causé ».

381. — Ce n'est pas à dire, pourtant, que nous approuvions la jurisprudence civile lorsqu'elle subordonne la réparation du dommage moral, en cas de perte d'un être cher, à l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance (73). Ce critère (qui ne concerne d'ailleurs pas l'importance du dommage, mais le principe même de la réparation) est trop abstraitement juridique pour être satisfaisant, et il ne répond nullement à la distinction de la douleur normale et anormale (on songe évidemment, en premier lieu, au cas des fiancés). Mais il témoigne, en tout cas, du souci d'opposer une limite aux caprices du sentiment. D'autres limites peuvent se justifier par la nécessité de savoir dominer ou du moins assumer son chagrin, lorsque la cause de celui-ci n'est pas trop grave ou ne touche qu'indirectement celui qui l'éprouve : ainsi lorsque la jurisprudence exige un préjudice moral exceptionnellement important pour indemniser les proches d'une victime qui n'a pas succombé (74). Il paraît inutile de s'appesantir sur des points aussi connus ; incontestablement la reconnaissance du dommage affectif doit être soumise à une norme assez stricte. Tout au plus pourra-t-on penser que les considérations morales jouent moins, ici, que le souci tout pratique

(71) Rappr. (bien qu'en l'espèce il ne s'agit pas de préjudice moral) : Montpellier 7 mars 1961, J.C.P. 1963.II.13022 et note P.M.F. DURAND.

(72) Thèse précitée, p. 401. La suggestion n'est d'ailleurs présentée qu'à propos de l'appréciation du dommage dans le cas de responsabilité sans faute.

(73) Req. 2 février 1931, D.P. 1931.1.38 et rapport PILON, S. 1931.1.123, Gaz. Pal. 1931.1.529; Civ. 19 octobre 1943, Gaz. Pal. 1944.1.5, D.C. 1944.14 et note LALOU, S. 1945.1.1 et note CHARTROU, J.C.P. 1945.II.2893 et note RODIÈRE. On sait que les juridictions inférieures s'insurgent assez souvent contre ce principe, et que d'autre part la Chambre criminelle ne le reconnaît pas (cf. notamment Crim. 5 janvier 1956, D. 1956.216, J.C.P. 1956.II.9146, Gaz. Pal. 1956.1.230; Crim. 30 janvier 1958, Gaz. Pal. 1958.1.367). Nous n'insistons pas sur cette question, maintes fois exposée et débattue. Voir MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n^{os} 323 et s. et les références.

(74) Cf. Civ. 22 octobre 1946, J.C.P. 1946.II.3365 et note A. S., D. 1947.59, Gaz. Pal. 1947.1.5; Civ. 2^e sect. 15 février 1956, D. 1956.350. Voir également, pour la perte d'un parent pas très proche : Trib. corr. Millau 13 janvier 1956, Gaz. Pal. 1956.2.25.

d'éviter d'innombrables procès (75). Dans la mesure où c'est cette préoccupation qui prévaut, le libéralisme risque d'être plus grand lorsqu'il s'agit d'apprécier l'importance d'un dommage moral reconnu dans son principe. Déjà quant au principe de la réparation, on voit disparaître l'austère rigueur quand on se trouve dans des hypothèses où un tel dommage est nécessairement jumelé à un préjudice matériel : ainsi voit-on indemniser, avec le préjudice pécuniaire, la douleur morale du propriétaire qui a vu son cheval ou son chien ravi à son affection (76). Douleur normale et raisonnable, dira-t-on ? A chacun son idée là-dessus. La Cour de cassation elle-même, en tout cas, y voit, sans ambages, un préjudice « d'ordre subjectif »...

382. Il est vrai que l'introduction d'une règle, à propos du dommage moral comme des autres formes de préjudice dépendant de données psychologiques, n'implique pas nécessairement que cette règle soit purement abstraite. Même en soumettant un tel dommage à une critique raisonnable, il est possible — et humain — de tenir compte de certaines données sociales ou individuelles particulières. Poser une norme, ce n'est pas nécessairement apprécier *in abstracto* (77).

Difficultés de preuve mises à part, il ne paraît donc guère admissible de dire, comme l'on fait certains juges, que le chagrin (causé par la mort d'un enfant) « ne peut être apprécié par un tribunal que forfaitairement... ». Il est vrai que le jugement d'où nous extrayons cette formule (78) poursuit ainsi : « ...forfaitairement, sans jamais tenir compte d'une situation sociale » ; en effet, dit encore cette décision, « le préjudice moral éprouvé par les père et mère n'est pas fonction de la situation de fortune ou de la situation sociale des parents ». Si c'est cela que veut dire « forfaitairement », on ne peut qu'être d'accord : que l'idée même ait pu venir à l'esprit, de peser la douleur du pauvre dans une autre balance que celle du riche, cela laisse songeur. Mais en dehors de cette circonstance de fortune et de rang, ou pour d'autres sortes de dommages moraux, il est parfaitement légitime de tenir compte de données sociales ou personnelles particulières véritablement propres à accroître ou à diminuer (voire à supprimer) la peine éprouvée.

Par exemple on a égard, le cas échéant, au relâchement des liens normaux d'affection entre de proches parents (79), ou entre mari et

(75) Cf. MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n° 324-2.

(76) Civ. 1^{re} sect. 16 janvier 1962, D. 1962.199 et note RODIÈRE, J.C.P. 1962.II.12557 et note P. ESMEIN, S. 1962.281 et note FOULON-PICANOL; Trib. civ. Caen 30 octobre 1962, J.C.P. 1962.II.12954, D. 1963.92.

(77) On ne saurait donc souhaiter l'adoption de taux d'indemnité fixes pour la réparation du préjudice d'affection, à l'instar de certaines jurisprudences étrangères (voir sur ce point L. HUGUENEY, L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse Dijon, 1904, p. 275-276; B. STARCK, thèse précitée, p. 391).

(78) Trib. corr. Lille 28 mars 1962, D. 1962.431 et note M. LE ROY.

(79) Voir par exemple Trib. civ. Avranches 13 novembre 1961, Gaz. Pal. 1962.1.46 (qui modère les dommages-intérêts par rapport au cas d'une affection normale).

femme (80). Et à l'inverse il arrive que les juges tiennent compte de l'existence de liens affectifs particulièrement étroits (81). Ils paraissent également enclins à prendre en considération la valeur de souvenir que pouvait présenter un objet pour son propriétaire (82). Sur un plan différent on sait, d'autre part, que, lorsqu'il s'agit d'apprécier si les excès, sévices ou injures rendent intolérable le maintien du lien conjugal, les tribunaux tiennent compte du milieu social des parties en cause (83).

383. — Il apparaît ainsi, d'une façon générale, que l'introduction d'une norme limitant l'opposabilité du dommage — quand celui-ci est sous la dépendance de données psychologiques — n'implique nullement le recours à une appréciation abstraite. La norme, au contraire, lorsqu'elle est imposée, se détermine en tenant compte des données sociales et personnelles particulières, et en interdisant seulement aux demandeurs de se prévaloir de leur simple caprice ou de leur propre manque de caractère. En ce sens il n'est pas porté atteinte au principe selon lequel *le dommage s'apprécie in concreto*.

Ce n'est là, il est vrai, qu'un principe. Dans la pratique, outre les difficultés de preuve que soulève communément l'appréciation *in concreto*, il se pose ici des problèmes techniques particuliers à la matière, notamment du fait que le dommage doit le plus souvent, pour être réparé, être traduit sous la forme d'une évaluation pécuniaire. Ce sont ces problèmes qu'il reste à évoquer, dans la section suivante.

Section II

LES PARTICULARITÉS PERSONNELLES ET LA TECHNIQUE DE L'APPRECIATION DU DOMMAGE

384. — Même en tenant pour acquis, sur le terrain des principes, que le dommage doit être apprécié *in concreto*, il n'est pas contestable que son appréciation suscite des difficultés techniques qui conduisent à recourir dans une certaine mesure, en fait, à des critères abstraits.

(80) Colmar 22 février 1929, Rev. Als.-Lorr. 1929.214; Trib. corr. Seine 12 février 1931, D.P. 1931.2.57 et note VOIRIN; Lille 25 avril 1932, Gaz. Pal. 1932.2.190.

(81) Paris 24 novembre 1956, Gaz. Pal. 1957.1.19 (l'arrêt relève le chagrin particulier éprouvé par une veuve, du fait que sa collaboration à la profession de son mari créait entre eux « une profonde communion de pensées et de sentiments »).

(82) Cf. Trib. civ. Libourne 26 avril 1934 (motifs), Gaz. Pal. 1934.2.120 (réparation limitée à la valeur vénale, pour une chose « qui n'est évocatrice d'aucun souvenir »).

(83) Voir les arrêts cités *supra*, n° 150 (cette considération du milieu social joue à la fois, et cumulativement, au sujet de la gravité de la faute et de la gravité de l'atteinte ressentie par la victime).

Les facteurs qui conduisent à revenir ainsi à l'abstrait, en dépit des principes théoriques, peuvent se diviser en deux groupes essentiels.

En premier lieu — outre les difficultés de preuve — il faut observer que le juge doit apprécier des dommages qui, d'une part, sont souvent en grande partie futurs (et recèlent donc une indétermination irréductible), et qui, d'autre part, se définissent par opposition à une situation irréaliste (celle qui aurait existé en l'absence du fait dommageable). Par suite, on est enclin à raisonner sur l'hypothèse d'un déroulement « normal » des événements; mais rien ne prouve que ce déroulement ne sera pas (ou n'aurait pas été) contrecarré par des circonstances particulières, tenant notamment à la singularité humaine.

En second lieu, le juge est souvent obligé de traduire des données qualitatives (infirmité, maladie, douleur, etc...) sous une forme quantitative (les dommages-intérêts). Or, du fait qu'une telle évaluation ne relève pas d'une science exacte et précise, il paraît souhaitable de fixer certaines règles ou certains points de repère, pour réduire l'influence de la subjectivité des magistrats (et des experts). Mais il est clair qu'en procédant ainsi on risque encore de méconnaître, dans une certaine mesure, la singularité de la victime elle-même.

Le recours à l'abstrait intervient donc — en fait, sinon en droit — à la fois à l'encontre de l'incertitude et à l'encontre de l'arbitraire.

§ 1. — LE RECOURS A L'ABSTRAIT A L'ENCONTRE DE L'INCERTITUDE

385. — Il n'y a pas lieu d'insister longuement sur les simples difficultés de *preuve*, qui n'ont rien de particulier à cette matière. Elles interviennent surtout — mais non exclusivement (84) — à propos du dommage moral; mais elles s'apparentent à celles que suscite fatalement toute appréciation *in concreto*, notamment dans l'ordre psychologique. Très naturellement elles inclinent à se référer à des données humaines abstraites, jouant le rôle de présomptions de fait (on présuamera par exemple, chez les proches de la victime, une affection paternelle, filiale ou conjugale ordinaire) (85).

Bien entendu, on ne raisonnera à partir de données humaines purement abstraites que dans la mesure où il n'est pas possible de circonscrire davantage le groupe de référence. Si telle ou telle particularité existant en la personne de la victime est de nature à faire

(84) Elles peuvent se rencontrer aussi à propos du dommage corporel (voir par ex., pour des troubles neuro-psychiques post-commotionnels de caractère « subjectif » et difficilement contrôlables : Crim 10 mars 1953, Bull. crim. 1953, n° 93, p. 155; voir également Trib. corr. Corbeil 28 juin 1957, J.C.P. 1957.II.10139 et note L. J.). Voir en outre, à propos d'un dommage purement patrimonial, Paris 24 novembre 1949, cité ci-après (S. 1950.2.114, D. 1951.313 et note ROGER).

(85) Certains procédés techniques tendant à éliminer le rôle de la subjectivité du juge (calcul « au point », évaluation statistique du *pretium doloris* : voir *infra* n° 396) peuvent également avoir leur utilité en tant que présomptions de fait.

présumer un préjudice plus ou moins important que la normale, on ne manquera pas d'en tenir compte. Cela peut même se rencontrer dans le cas d'un dommage affectant le patrimoine : à propos d'un vol de bagages, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'il fallait avoir égard au « rang social » et à la situation de fortune du voyageur, pour apprécier la valeur des choses volées (86).

386. — Plus que les simples problèmes de preuve, d'autres difficultés sont propres à la matière du dommage : celles, notamment, qui tiennent à l'incertitude de l'*avenir*.

Lorsqu'il statue à propos d'un dommage qui va se prolonger dans le futur (par exemple celui qui résulte d'une incapacité permanente), le juge se heurte nécessairement à une incertitude irréductible. S'il alloue immédiatement une réparation fixe et définitive, il ne peut que proportionner celle-ci à des perspectives d'*avenir normales* (87). Procédant de la sorte, il risque de méconnaître l'influence éventuelle de circonstances particulières, tenant notamment à la personne de la victime (celle-ci, dotée d'un tempérament plus ou moins endurant, peut se rétablir plus rapidement qu'on ne l'eût prévu, ou au contraire subir une aggravation inattendue; elle peut mourir inopinément ou, à l'inverse, survivre contre toute attente).

Il n'est guère utile de s'étendre sur ce point qui, on l'observera, ne concerne pas spécifiquement l'hypothèse de particularités individuelles. Ce sont aussi bien des circonstances externes qui peuvent intervenir, sinon pour augmenter, du moins pour diminuer le dommage imputé au responsable (mort accidentelle de la victime, découverte d'une thérapeutique nouvelle, etc...). Au surplus, les moyens qui permettent aux tribunaux de ne pas se prononcer dans l'abstrait et *a priori* sont trop connus pour qu'on puisse faire autre chose que de les mentionner simplement : en allouant une rente viagère, le juge remédie automatiquement à l'aléa du décès ou de la survie; en réservant la possibilité d'une révision (soit pour un capital, soit pour une rente), il pallie tous autres aléas. Même hors ces cas, d'ailleurs, il n'est pas impossible à la victime d'obtenir une révision, en cas d'aggravation de son état (88).

(86) Paris 24 novembre 1949, S. 1950.2.114, D. 1951.313 et note ROGER.

(87) Normales *in abstracto* (par ex. si l'on tient compte des tables de mortalité) ou normales par rapport à l'état actuel et au tempérament particulier de la victime elle-même. Observons que ce mot « normal » (ou « normalement ») vient assez naturellement à l'esprit des juges en de tels cas; voir par exemple Trib. corr. Albi 7 juin 1957, J.C.P. 1957.II.10184 et note M. LE ROY : « il y a lieu de tenir compte... de l'âge de la victime, le préjudice qui lui est causé par l'infirmité étant d'autant plus grand qu'elle qu'elle est plus jeune et en subira dès lors *normalement* les effets dommageables plus longtemps... »; voir aussi la jurisprudence (évoquée *infra*, n° 399) qui tient compte de la réduction « normale » du salaire et non de sa réduction réelle.

(88) Sur tous ces points, voir MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, t. I, n°s 222 à 230, et les références.

387. — Mais aucun de ces palliatifs ne peut plus être utilisé efficacement à l'encontre d'un autre facteur d'abstraction : celui qui tient au caractère *irréal* de la situation par rapport à laquelle s'apprécie le dommage. A cet égard les tribunaux en sont nécessairement réduits à consacrer définitivement le vraisemblable, c'est-à-dire le normal (celui-ci s'entendant évidemment, le cas échéant, compte tenu des données individuelles connues). Peut-être qu'en l'absence du fait dommageable, des circonstances imprévisibles, tenant en particulier à la personne de la victime, auraient infléchi les événements tout autrement qu'on ne le croit : peu importe, nul démenti ne sera jamais donné. A vrai dire, à la question de savoir ce qui se serait passé, on ne peut jamais faire aucune réponse qui ait un contenu concret.

Ici encore, par conséquent, on ne s'étonnera pas de voir les tribunaux se référer à des critères plus ou moins abstraits. Par exemple un arrêt récent, observant que « pour évaluer le dommage en 1961, on ne saurait prendre pour base les salaires perçus par la victime en 1953 et 1954, alors qu'il est constant que depuis 1953 les salaires ont subi une augmentation constante », en tire cette conséquence, que « c'est à juste titre que les premiers juges ont pris pour base de leur calcul un salaire net de..., correspondant au salaire minimum suivant les indications de la Direction départementale du travail et de la main-d'œuvre » (89). De même, on utilisera parfois des données statistiques pour des « probabilités de vie » (90).

388. — Mais même lorsqu'ils sont ainsi conduits à raisonner de façon relativement abstraite, les tribunaux doivent veiller, pourtant, à ne pas perdre de vue les données individuelles qui sont de nature à infléchir le pronostic. Cette observation vaut également à propos d'une appréciation qui se rapproche de celles du futur et de l'irréal : on veut parler de l'appréciation de l'*aléa*, que les juges doivent parfois opérer en se replaçant fictivement dans le passé.

Le problème se présente, en effet, sinon au sujet du dommage proprement dit, du moins dans un domaine très voisin : à propos de l'appréciation de la *lésion*.

On sait que la rescision pour lésion ne peut intervenir, entre majeurs, lorsque le contrat présente un caractère aléatoire. Mais faut-il considérer nécessairement comme tel le contrat de vente d'un immeuble contre une rente viagère ou avec la réserve d'un usufruit viager ? Ne peut-on, notamment, apprécier l'espérance de vie par référence aux tables de mortalité ? Une telle référence aurait le double effet de retirer au contrat son caractère aléatoire, et de fournir au juge les bases de calcul nécessaires à l'appréciation de la lésion.

(89) Colmar 9 janvier 1962, D. 1962.637 et note M. LE ROY (précisons qu'il s'agissait d'un accident de droit commun).

(90) Cf. Trib. corr. Mons 1^{er} avril 1935, S. 1935.4.19 (écrivain âgé mis dans l'impossibilité d'écrire, la victime « perd ses droits d'auteur pour le moins pendant ses probabilités de vie, qui sont de 4 ans et 3 mois... » ; mais le jugement observe en outre que la victime était pour son âge, avant l'accident, d'une particulière vigueur).

Mais la jurisprudence, à cet égard, se montre hostile au raisonnement abstrait. Si elle admet que des circonstances particulières peuvent ôter au contrat le caractère aléatoire (91), elle estime qu'en dehors de ce cas l'aléa ne saurait être nié par un simple calcul de probabilités fondé sur des données statistiques: en effet, selon la Cour de cassation, « les résultats des statistiques, certains quand il s'agit de la détermination de la durée moyenne de la vie d'un grand nombre de personnes, ne sauraient faire disparaître le caractère aléatoire d'un contrat isolé, aux termes duquel l'importance des prestations stipulées dépend de la longueur, toujours incertaine, de la survie d'un seul individu désigné » (92).

Bien entendu il ne faut pas transposer cela, sans nuances, du domaine de la lésion à celui du dommage. Il est légitime que la considération du *plerumque fit* serve à résoudre l'incertitude (ce qui n'est d'ailleurs qu'une question de fait); ce qu'elle ne permet pas, c'est de *nier* l'incertitude. On retiendra pourtant, au moins à titre de conseil, cette mise en garde contre un mode de pensée qui oublie par trop de considérer l'homme singulier.

389. — Mais ce n'est pas seulement l'incertitude du futur (ou du futur antérieur) qui incite ainsi à raisonner — légitimement ou abusivement — en fonction de la normale. C'est encore la nécessité de soustraire l'évaluation à l'arbitraire, en la rattachant à des points de repère, qui tend aussi à lui imprimer un certain caractère d'abstraction.

§ 2. — LE RECOURS A L'ABSTRAIT A L'ENCONTRE DE L'ARBITRAIRE

390. — Lorsqu'il s'agit d'évaluer le dommage, c'est-à-dire de le traduire en argent, l'appréciation doit s'opérer en prenant garde à deux écueils opposés : celui de l'arbitraire, tenant à la subjectivité des experts et des juges, et celui de l'abstraction, qui, si l'on veut remédier à ce risque d'arbitraire, expose à faire méconnaître la singularité de la victime.

Cette difficulté n'apparaît pas, il est vrai, lorsque le dommage envisagé consiste en une atteinte directe portée au patrimoine. En ce cas, un problème d'évaluation peut certes se poser; mais il est étranger à l'objet de notre recherche, car il ne saurait mettre en cause des

(91) Req. 22 novembre 1937 et 11 juillet 1938, D.P. 1939.1.81 et note SAVATIER (1^{re} et 2^e espèces). Voir également les motifs de Civ. 27 décembre 1938, cité ci-après.

(92) Civ. 27 décembre 1938, D.P. 1939.1.81 et note SAVATIER (3^e espèce). Voir également Civ. 1^{re} sect. 15 mai 1956, Bull. civ. 1956, I, n° 192, p. 156 (suivant lequel les chances de survie d'un vieillard de 92 ans sont suffisantes pour conférer le caractère aléatoire à une réserve d'usufruit) et Civ. 1^{re} sect. 18 juillet 1958, Bull. civ. 1958, I, n° 394, p. 316.

particularités humaines (93). La valeur d'un bien ne dépend évidemment pas de la personnalité de son propriétaire.

Pour des raisons différentes, il n'y a guère lieu d'envisager davantage, ici, le dommage moral. Sans doute c'est chose fort délicate que de traduire en argent une donnée qualitative telle que le chagrin : mais on a vu précédemment qu'il n'est pas souhaitable, en ce domaine, de modeler exactement la réparation sur la peine subjective; on se résignera donc assez facilement à ne pas rechercher une adéquation rigoureuse, qui ne serait d'ailleurs, sans doute, qu'une vue de l'esprit.

En définitive, les questions d'évaluation mettant en cause la diversité humaine se posent donc essentiellement à propos des répercussions qu'entraîne le *dommage corporel*, tant sur le plan pécuniaire (perte de revenus) qu'extrapatrimonial (souffrance physique, etc...).

391. — On conçoit aisément ce que ces problèmes d'évaluation peuvent recéler de technicité. Pour cette raison, leur approfondissement n'a pas sa place dans une recherche aussi générale que celle qui fait l'objet du présent ouvrage. Dans une étude qui se voudrait moins une analyse exhaustive que l'instrument d'une meilleure compréhension globale, il y aurait quelque outrecuidance à prétendre, sur un point aussi particulier, rivaliser avec les travaux des spécialistes. Plus modestement, renvoyant à ces travaux le lecteur avide de précisions (94), nous nous bornerons donc à exposer succinctement les quelques remarques générales que nous suggèrent ces questions, en tant qu'elles mettent en présence l'abstrait et le concret.

392. — S'agissant de traduire en argent des données qualitatives qui, en soi, ne sont pas de nature économique, il y a lieu — si l'on juge trop subjectif et arbitraire le recours à la simple intuition — de procéder à deux opérations intellectuelles successives. Tout d'abord, il faut réduire la donnée qualitative à une formulation chiffrée (ou du moins quantitative), c'est-à-dire l'exprimer selon une unité de mesure qui lui soit propre. Puis il est nécessaire d'établir une corré-

(93) Sous réserve de ce qui a été dit précédemment à propos des difficultés de preuve.

(94) Voir notamment : Max LE ROY, L'évaluation du préjudice corporel, 2^e éd., 1959; Le « calcul au point » et l'abattement du quart en matière d'évaluation du préjudice corporel, J.C.P. 1956.I.1335; La réparation du préjudice corporel : le problème doctrinal et le problème technique, D. 1958 chron. p. 17 et s.; La réparation du préjudice corporel : le calcul « au point », D. 1961, Chron. p. 155 et s. A. TOULEMON et J. MOORE : La réparation du préjudice corporel, 1955; Le préjudice corporel et moral en droit commun, Etudes pratiques et théoriques, Jurisprudence et méthodes d'évaluation, 2^e éd., 1957. S. EL AMIRI, L'évaluation du dommage corporel dans les accidents de droit commun, th. Paris 1960, ronéotypée. R. BÉRAUD, Comment est évalué le préjudice corporel, 1961. J. BRAUD, L'évaluation des dommages-intérêts en matière d'accidents corporels de droit commun, J.C.P. 1956.I.1275. R. MEURISSE, L'évaluation de l'incapacité en cas d'infirmités successives ou simultanées, J.C.P. 1960.I.1549. J. LE GUEUT, R. NERSON et L. ROCHE, Observations sur l'évaluation du préjudice corporel, D. 1962, chron. p. 185 et s. C. SIMONIN, Médecine légale judiciaire, 3^e éd., 1955, p. 274 à 306.

lation reliant cette expression chiffrée à l'unité monétaire. Or il est aisé de comprendre que, dans chacune de ces deux opérations, il peut y avoir un risque de voir le général prévaloir sur l'individuel.

393. — 1^o) Il n'est personne qui ne soit familier avec la notion de pourcentage d'invalidité (ou de taux d'incapacité), qui sert de mesure usuelle à la diminution de la capacité de travail. La loi elle-même se réfère à cette notion, dans le domaine des accidents du travail; mais même en droit commun, cette forme d'expression chiffrée est constamment employée, non seulement par les experts mais par les décisions de justice elles-mêmes.

Lorsqu'il s'agit d'autres éléments de préjudice corporel, juges et experts ne recourent pas à une telle échelle numérique. Notamment, à propos de l'appréciation de la souffrance physique, ils parlent d'un *pretium doloris* (95) « léger », « modéré » ou « moyen », « important », « très important ». Mais ces termes, même s'ils sont grammaticalement des qualificatifs, établissent en réalité une gradation quantitative.

En elles-mêmes, de telles quantifications n'impliquent pas que l'on fasse prévaloir l'abstrait sur le concret. Mais on comprend facilement que, pour y procéder, les experts, afin de ne pas retomber sous l'empire d'une intuition subjective et arbitraire, soient enclins à se référer à des précédents et à s'efforcer de dégager des règles générales. Quand, plusieurs fois, on a estimé à tel pourcentage l'invalidité résultant d'une infirmité donnée, il est naturel de fixer le même pourcentage lorsqu'on se retrouve en présence de la même infirmité. Le législateur lui-même (nous prenons le mot au sens large) a perçu l'utilité d'une certaine constance à cet égard, puisque, dans le domaine des accidents du travail, il a annexé au décret du 24 mai 1939 (96) un barème indicatif d'invalidité, destiné à servir à la détermination de l'incapacité permanente (97). Or ce barème — qui a survécu audit décret — est très couramment utilisé par les experts, même en matière d'accidents de droit commun (ajoutons qu'il existe aussi des barèmes privés, et que d'autre part l'on s'est également efforcé, du côté des praticiens, de classer systématiquement, au point de vue du *quantum doloris*, les différentes sortes de traumatismes et de brûlures (98)).

A vrai dire, le barème annexé au décret du 24 mai 1939 mérite d'être loué, pour le souci dont il témoigne d'éviter l'excès d'abstraction. D'une part, en effet, pour la matière même des accidents du travail, il se présente comme simplement indicatif : les observations qui l'intro-

(95) Il n'est pas besoin d'être grand latiniste pour constater que cette expression est impropre en l'occurrence; il faudrait (comme le souligne M. Max LE ROY, L'évaluation du préjudice corporel, n^{os} 81 et s.) parler ici de « *quantum doloris* ».

(96) Décret portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 3, al. 11, de la loi du 9 avril 1898, modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1938.

(97) Voir Bulletin législatif DALLOZ 1939, p. 532 et s.

(98) Voir dans l'ouvrage de M. Max LE ROY sur l'Evaluation du préjudice corporel (n^o 83), la classification établie par le docteur J. M. THIERRY, ancien chef de clinique à la Faculté de Médecine de Paris.

duisent préciser « qu'en raison de l'influence particulière de certains facteurs, notamment de l'âge de la victime et de la profession..., les experts et le juge peuvent, tout en s'en inspirant comme guide, proposer et décider d'appliquer un taux spécial ». D'autre part ce barème prévoit, pour chaque sorte d'infirmité, non un taux fixe d'invalidité, mais presque toujours un maximum et un minimum entre lesquels il est aisé d'individualiser l'appréciation. Il faut donc convenir que l'utilisation d'un tel instrument n'augmente que faiblement le risque de voir méconnaître la singularité du cas concret (99).

394. — Le problème se complique, il est vrai, du fait du concours possible de plusieurs infirmités différentes (100). Un tel concours, en effet, conduit soit à procéder à une sorte d'addition, dans le cas d'infirmités simultanées provenant de la même cause (mais on comprend qu'il ne s'agit pas nécessairement d'une pure et simple addition arithmétique), — soit à modifier le taux d'incapacité pour tenir compte d'une invalidité antérieure, dont l'effet ordinaire est de rendre plus grave l'atteinte résultant de l'accident considéré. Or ces différentes combinaisons — qui ne relèvent pas de la pure science médicale, les juges insistent à juste titre sur ce point (101) — peuvent donner lieu à l'application de solutions diverses, dont il n'est pas douteux que les unes sont plus abstraites que les autres. Évidemment ce serait raisonner *in abstracto* que d'apprécier le taux d'incapacité, systématiquement, sans avoir égard aux infirmités antérieures; mais même sans aller jusque là, il y a encore une part d'abstraction dans le fait de résoudre ces problèmes par le jeu de formules mathématiques générales.

En vérité il est souvent difficile d'éviter cet écueil de l'abstraction. Dans le domaine du droit commun on voit parfois des juges répudier,

(99) Dans le domaine du droit commun, d'ailleurs, il est possible — au stade de la détermination du taux d'incapacité — de n'envisager l'individualisation qu'à propos des seuls éléments d'ordre physique. La considération de la profession, qui rend une même incapacité beaucoup plus gênante pour certains que pour d'autres, interviendra alors seulement lorsqu'il s'agira de traduire le taux d'incapacité sous forme pécuniaire (mais il faudra alors, de toute nécessité, procéder à cette évaluation « *in concreto* »). En ce sens on comprend les décisions qui affirment que le taux d'incapacité doit faire l'objet d'une « évaluation objective » (cf. Trib. corr. Albi 7 juin 1957, J.C.P. 1957.II.10184 et note M. LE ROY; rapp. Trib. civ. Saint-Malo 22 octobre 1952, D. 1953 somm. 60). Mais souvent aussi les experts eux-mêmes tiennent compte de la nature de la profession, pour fixer le taux d'incapacité (cf. par ex. Paris 25 mars 1961, D. 1962.136 et note M. LE ROY).

(100) Voir notamment sur ce point : R. MEURISSE, L'évaluation de l'incapacité en cas d'infirmités successives ou simultanées, J.C.P. 1960.I.1549. Rapp. : C.SIMONIN, Médecine légale judiciaire, 3^e éd., 1955, p. 292 et s.

(101) Cf. Paris 17 février 1960, Gaz. Pal. 1960.I.209 : « L'avis des experts (sur la combinaison des taux d'incapacité) ne pouvait engager les premiers juges, tel avis n'étant pas une appréciation d'ordre technique et médical comme l'était celle de leur premier rapport, mais une appréciation entrant dans le cadre juridictionnel de la compétence du tribunal, qui seul pouvait en connaître et qui, à tort, s'est déchargé sur les experts d'une mission qui lui appartenait en propre ».

non sans quelque hauteur, des formules scientifiques préétablies, qui assurément ne s'imposent aucunement à eux (102). Mais lorsque cela aboutit — à propos d'infirmités simultanées — à additionner purement et simplement les taux relatifs à chaque infirmité (103), on peut penser qu'ils prennent, de la réalité humaine, une vue moins concrète encore.

Ce n'est pas à dire que le recours à des formules mathématiques ne comporte pas, lui aussi, le risque de méconnaître le concret, ainsi qu'on s'en aperçoit bien en matière d'accidents du travail (104). En ce domaine, par exemple, si l'on se trouve en présence d'accidents successifs, on applique normalement la formule dite de Gabrielli (105), qui vise à tenir compte du fait que le deuxième accident, intervenant sur une capacité déjà réduite, diminue celle-ci dans une plus forte proportion qu'il ne serait normal (106). L'idée ainsi mise en œuvre s'inspire, on le voit, du souci d'envisager l'atteinte portée à la capacité de l'individu concret, et non pas une invalidité abstraitement isolée et détachée de la personne de la victime. Mais on conçoit aisément qu'une telle formule puisse, dans certains cas particuliers, s'éloigner du réel (107). On observera notamment ce qu'implique d'abstraction le fait d'énoncer, à propos de son emploi, que « la loi ne distingue pas suivant qu'il y a corrélation ou non entre les différentes sources de l'incapacité globale qu'il s'agit d'apprécier » (108). Ce motif de la Cour de cassation — qui, sans doute, a dépassé sa pensée (109) — ne saurait empê-

(102) Cf. Paris 17 février 1960, précité : « Le barème des infirmités, barème plus connu sous le nom de système Balthazard, est destiné au calcul des pensions militaires et, d'après une jurisprudence unanime, ne s'applique pas en matière d'accident de droit commun, ce qui est le cas en l'espèce ». Sur la règle de Balthazard, voir SIMONIN, *op. cit.*, p. 292 et s.; rapp. Bourges 12 février 1958, Gaz. Pal. 1958.1.314.

(103) Même arrêt du 17 février 1960.

(104) Matière où, il est vrai, le principe de réparation forfaitaire rend particulièrement lourdes de conséquences les erreurs portant sur le taux d'incapacité.

(105) C'est la formule
$$\frac{C1 - C2}{C1} = R$$
, prévue par le barème annexé au décret du 24 mai 1939. C1 désigne la capacité subsistant après le premier accident; C2, la capacité subsistant après le deuxième accident (c'est-à-dire C1 moins le taux abstrait de l'incapacité causée par ce second accident); et R, le taux d'incapacité finalement retenu comme conséquence du deuxième accident.

(106) Cf. Civ. sect. soc. 4 juillet 1952, J.C.P. 1952.II.7323 et note G.H.G. (1^{re} espèce); Civ. sect. soc. 4 décembre 1952, J.C.P. 1953.II.7505 et note G.H.G. (3^e espèce); Civ. sect. soc. 29 janvier 1953, D. 1953.250; Bourges 12 février 1958, Gaz. Pal. 1958.1.314.

(107) S'agissant d'un système de réparation forfaitaire, l'application inconsidérée de cette formule conduit d'ailleurs également à méconnaître la réalité économique, dans certains cas. Aussi doit-on l'écarter lorsque, dans le concret, le salaire de la victime n'a pas subi, lors de la première réduction de capacité, la diminution qui aurait été normale (cf. Civ. sect. soc. 7 juillet 1960, J.C.P. 1960.II.11794 et Concl. LINDON; Civ. sect. soc. 6 juillet 1961, J.C.P. 1961.II.12287 et note R. L.).

(108) Civ. sect. soc. 4 juillet 1952, J.C.P. 1952.II.7323 et note G.H.G. (1^{re} espèce). Comp. : Civ. sect. soc. 29 janvier 1953, D. 1953.250.

(109) Cf. Civ. sect. soc. 4 décembre 1952, J.C.P. 1953.II.7505 et note G.H.G. (3^e espèce) : la formule ne doit être employée « que dans le cas d'accidents successifs ayant déterminé des lésions intéressant des organes fonctionnels différents » (or c'est précisément en ce cas que les juges du fond en avaient exclu l'application, tant dans cette espèce que dans celle ayant donné lieu à l'arrêt précité du 4 juillet 1952).

cher que, dans le concret, le rapport existant entre les différentes invalidités ne soit un élément essentiel pour apprécier avec réalisme la réduction de capacité.

395. — Ces quelques remarques suffisent à faire comprendre la difficulté qu'il y a, parfois, à exprimer un élément de préjudice sous une forme quantitative. On voit notamment que les formules mathématiques, si elles peuvent servir à se rapprocher du concret, peuvent également conduire à méconnaître celui-ci. Il est vrai que sur le terrain du droit commun le juge, jouissant d'un pouvoir souverain dans l'évaluation des dommages-intérêts, peut fort bien, même si les données scientifiques qui lui sont fournies pèchent par abstraction, nuancer cependant, en fonction du cas individuel, les conséquences qu'il en tire sur le plan pécuniaire. Mais encore faut-il qu'il s'y emploie : car à ce stade également il y a une tentation de l'abstrait.

396. — 2^o) Sachant que la victime d'un accident se trouve atteinte d'un certain pourcentage d'invalidité (nous envisageons, pour simplifier, le cas d'une incapacité permanente), on a proposé, pour traduire sous forme pécuniaire le préjudice qui en résulte, deux méthodes, dites respectivement du « calcul mathématique » et du « calcul au point ». A ces deux systèmes s'oppose l'évaluation « *in concreto* », qui ne constitue pas une méthode à proprement parler (110).

Le calcul mathématique consiste à déterminer le préjudice en multipliant les gains professionnels annuels nets de la victime par le pourcentage d'invalidité et par la valeur du franc de rente (appréciée selon l'âge de la victime, d'après le barème de la Caisse nationale des retraites).

Le calcul au point suppose la considération d'un certain nombre de décisions antérieures (rendues dans des cas analogues), dont on recherche la valeur qu'elles ont attribuée au « point d'incapacité » (on obtient cette valeur, dans chaque cas, en divisant l'indemnité allouée par le chiffre exprimant le taux d'incapacité (111)). En faisant la moyenne des chiffres ainsi obtenus, on trouve une valeur médiane, qu'il suffit de multiplier par le chiffre exprimant le taux d'incapacité dans l'espèce considérée (112).

Enfin, l'on parle d'évaluation « *in concreto* » lorsque le juge s'efforce de chiffrer le préjudice en tenant exactement compte de toutes les circonstances particulières de la cause, sans appliquer aucun système

(110) Dans ces explications (volontairement très succinctes) nous prenons principalement pour guide l'ouvrage de M. Max LE ROY sur l'Évaluation du préjudice corporel (n^{os} 55 et s.).

(111) C'est-à-dire non pas par le taux d'incapacité lui-même, comme on le dit souvent, mais par le numérateur de la fraction exprimant ce taux.

(112) Il serait possible de procéder de façon analogue — *mutatis mutandis* — pour la détermination du *pretium doloris*. Les données statistiques (cf. notamment les tableaux publiés par la Gazette du Palais) permettent en effet de dégager une valeur moyenne des différentes classes entre lesquelles on répartit communément les souffrances, selon leur gravité (voir M. LE ROY, *op. cit.*, n^o 84).

rigide (une telle façon de procéder, on le voit, ne suppose même pas nécessairement la détermination préalable d'un taux d'incapacité).

397. — Le seul exposé de ces différents modes d'évaluation fait ressortir leur caractère plus ou moins abstrait ou concret.

La méthode mathématique est évidemment assez abstraite, puisqu'elle ne retient que deux données personnelles : les gains professionnels et l'âge de la victime; elle méconnaît, notamment, l'extrême importance que revêt la nature de la profession, qui rend souvent très différentes les conséquences d'une même infirmité (l'inconvénient disparaît, il est vrai, dans le cas où il a déjà été tenu compte de ce facteur pour fixer le taux d'incapacité (113)); en outre, elle ignore le cas des personnes qui n'exercent aucune profession (et à qui l'invalidité peut pourtant causer non seulement un préjudice d'agrément, mais même un préjudice pécuniaire, notamment en les obligeant à recourir aux services d'autrui).

La méthode du calcul au point, si elle n'encourt pas ce dernier reproche, est en revanche, à certains égards, plus abstraite encore, puisqu'elle consiste à raisonner sur des données purement statistiques (mais l'inconvénient s'atténue dans toute la mesure où l'on sélectionne les décisions antérieures qui servent à établir la valeur du point, en les choisissant aussi proches que possible du cas de l'espèce).

Il semble donc que l'évaluation *in concreto* soit le seul mode qui s'accorde pleinement avec les principes régissant la matière.

398. — En fait, cependant, il est plus que probable que les tribunaux, en bien des cas, s'inspirent de la méthode du calcul, au point soit pour se tirer d'incertitude, soit surtout pour se garder de l'arbitraire. Mais ils le font en général sans l'avouer (114), car la Cour de cassation (marquant par là la limite du pouvoir souverain reconnu en cette matière aux juges du fond) n'admet pas que l'évaluation des dommages-intérêts s'opère en fonction de règles ou barèmes préétablis (115). Ce qui paraît d'ailleurs mériter la critique, ce n'est pas le fait de recourir au calcul au point pour se tirer d'embarras; c'est le système qui consiste à l'ériger en principe. En ce sens seulement on peut dire, avec la Cour d'appel de Paris, que la réparation du dommage doit être calculée d'après « les éléments positifs et concrets établissant matériellement les facteurs appréciables de préjudice », et « à l'exclusion de

(113) Or, ainsi qu'on l'a déjà observé, les experts en tiennent parfois compte même en matière d'accidents de droit commun (cf. par ex. Paris 25 mars 1961, D. 1962.136 et note M. LE ROY).

(114) Voir pourtant Paris 24 mars 1955, La Loi 23-26 avril 1955.

(115) Cf. Crim. 3 novembre 1955, S. 1956.89, D. 1956.557 et note R. SAVATIER; voir *supra*, n° 349. L'attitude des juges du fond est certainement indéfendable lorsque, comme en l'espèce, ils reconnaissent que le système uniforme auquel ils se réfèrent, loin d'intervenir à titre subsidiaire, est en opposition avec la réalité concrète de l'espèce.

tout mode de calcul basé sur une évaluation rigide et forfaitaire de la valeur du point d'invalidité » (116).

399. — Quant au système du calcul mathématique, il semble que les juges le rejettent dans tous les cas où il est en opposition avec la réalité concrète (sous réserve pourtant, ainsi qu'on va le voir, d'un point controversé).

Les tribunaux, en effet, s'en écartent à coup sûr lorsqu'il s'agit d'apprécier le préjudice qu'une incapacité permanente cause à une personne sans profession; notamment, dans le cas d'une mère de famille travaillant au foyer, on ne les voit pas dénier le préjudice matériel au motif de l'absence de revenus professionnels : au contraire ils s'efforcent de saisir et de réparer un tel préjudice, parfois en l'évaluant (assez abstraitement, il est vrai) d'après les gains d'une femme de ménage (117). Les tribunaux s'écartent également du calcul mathématique par le fait que, lorsque le taux d'incapacité a été calculé indépendamment de la nature de la profession, ils n'hésitent pas à considérer cette dernière donnée au stade de l'évaluation (118). En outre, ils évaluent les dommages-intérêts d'une façon qui aboutit, statistiquement, à rendre le point d'incapacité plus « cher » pour les invalidités les plus graves (119) (alors que dans le système mathématique une telle corrélation ne devrait pas apparaître). Enfin, les tribunaux ne calculent pas nécessairement le préjudice, en droit commun, sur la base du salaire antérieur à l'accident (120).

Sur un point seulement, en définitive, la jurisprudence dominante rejoint le système du calcul mathématique en négligeant une donnée concrète : c'est dans la mesure où elle fait abstraction de l'influence que l'invalidité a exercée, en fait, sur les gains professionnels. Même lorsque la victime, en effet, n'a pas subi une réduction effective de salaire correspondant à la diminution de sa capacité de travail, il est généralement jugé que c'est cette diminution de capacité qui doit être prise en considération pour fixer la réparation. Cette solution, consacrée d'abord par la jurisprudence (121), puis par la loi elle-même (122), en matière d'accidents du travail, semble aussi prévaloir

(116) Paris 13 décembre 1956, *Gaz. Pal.* 1957.1.85.

(117) Colmar 15 mai 1956, *D.* 1956.614, *S.* 1956.148; *rappr.* Gand 9 janvier 1959, *Rev. gén. ass. et resp.* 1959.6298 (cité par MAZEAUD et TUNC, *Responsabilité civile*, t. III, n° 2396, note 5 *in fine*).

(118) Citons à nouveau, pour la généralité de sa formule, *Trib. corr. Albi* 7 juin 1957, *J.C.P.* 1957.II.10184 et note M. LE ROY : « La même infirmité peut interdire à l'un ou diminuer considérablement l'exercice de son activité habituelle antérieure, ou au contraire être sans influence à cet égard pour un autre, vu la diversité des occupations ». Voir également : *Req.* 14 novembre 1934, *Gaz. Pal.* 1934.2.904; *Trib. civ. Saint-Malo* 22 octobre 1952, *D.* 1953 somm. 60.

(119) Cf. M. LE ROY, *op. cit.*, n° 66.

(120) Cf. notamment Colmar 9 janvier 1962, *D.* 1962.637 et note M. LE ROY.

(121) Voir les arrêts cités par MM. MAZEAUD et TUNC, *Responsabilité civile*, t. III, n° 2396-2, notes 1, 3 et 4. La Cour de cassation se réfère à la réduction « normale » du salaire.

(122) Art. 452 du Code de la Sécurité Sociale.

en droit commun (123), malgré un certain nombre de décisions dissidentes (124).

Mais lorsque l'on néglige ainsi une donnée concrète (le salaire actuel), c'est essentiellement en raison du caractère provisoire et contingent de cette donnée, et pour assurer une réparation se rapprochant davantage du préjudice réel probable (125). En beaucoup de cas ce serait sans doute une vue moins réaliste des choses que présumer la permanence d'une situation de fait précaire. Le recours à l'abstraction n'est donc, ici, que celui qui intervient habituellement en raison de l'incertitude de l'avenir (126).

400. — Il semble donc que, parmi les différents modes d'évaluation qui ont pu être proposés, les tribunaux ne méconnaissent pas la prééminence de principe du système de l'évaluation *in concreto*. S'ils utilisent le calcul mathématique, c'est uniquement dans la mesure où celui-ci paraît coïncider avec la recherche concrète du dommage. Et s'ils recourent au calcul au point, c'est dans la mesure où ce dernier ne semble pas non plus en contradiction avec cette même recherche du concret (les juges s'en servent seulement pour se garder de l'arbitraire, non pour contenir dans des limites abstraites la réparation du dommage).

401. — *Conclusion du chapitre.* — Il apparaît ainsi que les problèmes techniques soulevés par l'appréciation et l'évaluation du dommage, s'ils recèlent de sérieuses difficultés obligeant parfois à utiliser une expérience générale ou des formules abstraites, n'en sont pas moins abordés par les tribunaux dans un esprit très ouvert à la singularité du cas individuel. Certes, dans un domaine relevant en principe du pouvoir souverain des juges du fond, et où la motivation est donc souvent très imprécise, on ne saurait, sur la plupart des points, parler

(123) Civ. 2^e sect. 3 juin 1955, J.C.P. 1955.II.8814 et note ESMEIN (2^e espèce). Voir également : Paris 22 avril 1952, Gaz. Pal. 1952.2.231; Trib. civ. Saint-Malo 22 octobre 1952, D. 1953 somm. 60; Paris 25 mars 1961, D. 1962.136 et note M. LE ROY.

(124) Voir notamment Paris 18 mars 1955, D. 1955.478, J.C.P. 1955.II.8814, 1^{re} espèce, et note ESMEIN (l'arrêt accorde des dommages-intérêts pour l'incapacité permanente partielle, malgré la non-diminution des salaires, mais uniquement en raison du préjudice d'agrément; il motive cette solution restrictive en énonçant « que seul doit être pris en considération, dans la détermination de l'indemnité compensatrice, le préjudice réel éprouvé par la victime »). Rapp. Trib. civ. Seine 11 février 1950, Gaz. Pal. 1950.1.361 (« l'évaluation du préjudice souffert par la victime d'un quasi-délit s'apprécie *in concreto* et non d'après les modalités retenues pour le calcul de la réparation forfaitaire instituée par la législation du travail ») et Trib. civ. Fontainebleau 12 juillet 1950, S. 1951.2.80. Mais voir surtout Civ. sect. soc. 18 juillet 1961, Bull. civ. 1961, IV, n° 800, p. 631 : cette décision, qui ne se réfère pas à la législation des accidents du travail, casse un arrêt en reprochant notamment aux juges du fond d'avoir négligé le fait que la victime avait, après l'accident, repris au même salaire son emploi antérieur (voir également l'autre motif de cassation, qui inclut aussi le reproche d'abstraction).

(125) Voir les autres arguments en faveur de cette solution *in MAZEAUD* et *TUNC*, Responsabilité civile, t. III, n° 2396-2.

(126) Voir *supra*, n° 386.

d'une véritable jurisprudence, ni même définir avec certitude des tendances qui peuvent demeurer inexprimées; cependant, on conserve l'impression que, si l'atteinte du concret ne peut toujours être réalisée, elle fait habituellement, de la part des juges, l'objet d'une recherche très consciencieuse. Le principe de l'appréciation *in concreto* du dommage — bien qu'il se trouve, dans une large mesure, dépourvu de sanction procédurale — semble donc, en fait, recevoir application dans toute la mesure du possible.

402. — Ce principe lui-même, il est vrai, doit, ainsi qu'on l'a vu, être entendu raisonnablement. Il ne signifie pas que le dommage doive toujours être envisagé indépendamment de toute règle et de toute limite. Dans la mesure où le dommage est sous la dépendance de la psychologie individuelle (et plus précisément de la volonté de ceux qui le supportent), une certaine norme peut intervenir, pour empêcher de considérer comme un préjudice ce qui résulte du manque de courage moral ou du caprice subjectif. Mais une telle norme doit elle-même se déterminer de façon très concrète : ignorer que certains sont, même moralement, plus vulnérables que d'autres, ce serait manquer du sens de l'humain.

403. — On se rappellera, en outre, que le principe de l'appréciation *in concreto* du dommage ne doit pas voir ses effets limités, d'une manière oblique, par le biais d'une conception trop restrictive de la causalité. Si nous convenons qu'il est juste de ne pas allouer de réparation pour les dépenses et les chagrins déraisonnables, nous pensons que c'est moins parce qu'il s'agirait là de dommages indirects que parce que, en réalité, ce ne sont pas de véritables dommages. En tout cas, il nous paraît inadmissible de refuser ou de modérer la réparation relativement à la part du dommage qui résulterait de prédispositions pathologiques; certes, c'est une vérité générale que la causalité juridique se distend en proportion de l'intervention de l'anormal et du hasard dans l'enchaînement des faits; mais s'il est une chose *normale* — nous voulons dire : tout le contraire d'un hasard — c'est bien que le faible succombe plus aisément que le fort. Nous croyons d'ailleurs qu'il serait contraire au bon sens de protéger d'autant moins les gens qu'ils sont plus vulnérables.

Ajoutons que cette remarque n'est pas une digression. Il nous paraît que, par delà le cloisonnement des catégories juridiques (dommage — causalité), il y a une antinomie profonde entre le principe de l'appréciation *in concreto* du dommage et l'opinion selon laquelle il y aurait lieu, parfois, de ne pas réparer le dommage concret et individuel, mais seulement celui qu'une personne « normale » aurait éprouvé.

404. — Il n'y a rien de choquant, en revanche, dans le contraste qui existe entre l'appréciation *in concreto* du dommage et l'appréciation *in abstracto* qui prévaut, on l'a vu, en d'autres domaines du droit civil.

D'une part, en effet, la responsabilité civile, dans laquelle intervient cette notion, constitue, pour la victime, une institution protectrice. Or toute protection, pour être efficace, doit tendre à s'adapter à la personne de celui qui en bénéficie.

D'autre part cette corrélation ne se heurte pas, en l'occurrence, aux objections qu'elle peut susciter ailleurs. L'insécurité juridique, qu'engendre parfois l'appréciation *in concreto*, ne saurait guère être invoquée ici, puisque celui qui supporte les conséquences de la singularité de la victime s'est lui-même mis dans ce cas par sa faute ou, du moins, s'est exposé à devoir répondre d'un trouble social. Quand on en est à apprécier le dommage, on se trouve d'ores et déjà en présence d'un responsable, mis par là-même en position d'infériorité (127). Il s'agit alors de mesurer le contenu d'une protection juridique dont le principe est acquis; le supplément de charge que peut supporter le responsable, du fait des particularités de la victime, n'est donc pas une malchance : il trouve sa justification dans le principe même de la responsabilité.

S'il est vrai, enfin, qu'en ce domaine comme en d'autres le bénéficiaire de la protection juridique peut être soumis à un certain devoir, pour ne pas accroître abusivement la charge incombant à autrui, il faut constater que ce devoir n'a qu'un champ d'application assez limité, car le dommage ne dépend que dans une mesure restreinte de la volonté raisonnable. Ici plus encore qu'ailleurs, il serait excessif de voir dans toute réaction anormale une sorte de faute. Ce n'en est pas une, à coup sûr, que de souffrir anormalement ou de mourir de peu de chose.

(127) Certes la notion de dommage (est-il besoin de le dire?) n'intervient pas seulement lorsqu'il s'agit de déterminer la nature et l'importance de la réparation, mais, en un premier temps, comme élément de la responsabilité. Mais à ce stade il ne s'agit pas à proprement parler d'*apprécier* le dommage. Notamment, tout débat sur l'anormalité de la victime concerne alors d'autres notions que le dommage; si le défendeur allègue qu'une personne quelconque n'aurait éprouvé aucun préjudice, c'est pour dénier sa faute ou pour établir la force majeure (en ce cas parfaitement concevable) ou la faute de la victime.

CONCLUSION

405. — Si, touchant au terme de cette étude, nous évoquons les raisons qui nous ont déterminé à l'entreprendre, il nous souvient que notre projet essentiel était de résoudre une antinomie : pourquoi, en certains domaines du droit civil, le juge procède-t-il à une appréciation *in abstracto* et, en d'autres domaines, à une appréciation *in concreto*?

En regard de cette interrogation, nous ne pouvions, dans l'introduction de ce travail, que formuler une hypothèse très générale, utile du moins pour organiser la structure de notre recherche. Mais au cours de celle-ci nous avons éprouvé la plus grande complexité du problème, l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* apparaissant parfois, respectivement, dans des domaines qui *a priori* auraient paru très voisins. En outre, nous avons constaté que l'appréciation *in abstracto* n'était pas toujours, en droit positif, aussi abstraite que le pensent certains, et que l'appréciation *in concreto*, à l'inverse, n'excluait pas nécessairement un certain recours à l'idée du « normal ».

Sur l'explication même du choix entre ces deux modes de raisonnement, selon les domaines envisagés, il faut donc conclure de façon plus nuancée qu'on ne l'eût pensé de prime abord. Et d'autre part, sur ce que sont positivement l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto*, il convient de tempérer les idées trop extrêmes que pourrait suggérer l'opposition de ces deux formules.

— I —

406. — Initialement, nous observions que le rôle des données humaines singulières ne semble pas devoir être le même, *a priori*, selon que l'on envisage les individus en tant que sujets d'obligations ou en tant que bénéficiaires d'une protection juridique. Car si la protection a en vue l'intérêt du sujet protégé, et tend donc naturellement à s'adapter à lui, l'obligation, en revanche, n'est pas imposée dans l'intérêt de l'obligé, et n'a donc pas les mêmes raisons de se modeler sur la personnalité de celui-ci.

407. — Certes il demeure vrai que le contenu des devoirs et obligations se détermine, en principe, *in abstracto* (1). Mais leur sanction fait parfois intervenir des considérations touchant à la culpabilité subjective : si nous pensons que la jurisprudence s'abuse en prétendant subordonner l'existence de la faute à une imputabilité morale concrète, nous comprenons parfaitement que pour certaines sanctions particulièrement graves (par exemple le prononcé du divorce) l'appréciation ne puisse s'opérer de façon impersonnelle et abstraite; s'il est des sanctions graves que l'intérêt social justifie, en présence d'un manquement nuisible, il en est d'autres qui sembleraient injustes en l'absence d'une culpabilité véritable.

408. — Du côté des sujets qui entendent bénéficier d'une protection juridique, l'appréciation *in concreto* ne constitue pas non plus un principe absolu. Certes, ceux qui ont droit à une telle protection voient celle-ci se mesurer en fonction de leur intérêt concret, qui dépend de leur personnalité particulière (ainsi les besoins ou le dommage s'apprécient-ils *in concreto*). Mais il est concevable que pour avoir vocation à la protection du droit, on puisse se trouver soumis à l'observation d'une norme abstraite : il peut en être ainsi, spécialement, lorsque l'institution protectrice procure une sorte de faveur, de caractère dérogatoire (appréciation *in abstracto* de l'apparence, qui contraste avec l'appréciation *in concreto* des vices du consentement).

409. — Il est permis de trouver complexe cet enchevêtrement de l'appréciation *in abstracto* et de l'appréciation *in concreto*, quant à leurs domaines respectifs. A cette complexité, par surcroît, s'en ajoute une autre : on aura remarqué combien de nuances et de distinctions doivent encore être observées dans la mise en œuvre de chacun des deux modes de raisonnement.

— II —

410. — On a vu, en effet, que l'appréciation *in concreto* ne se réduit pas nécessairement à la seule considération de la subjectivité individuelle, soustraite à toute règle. Et que pas davantage l'appréciation *in abstracto*, telle que la conçoit la jurisprudence, n'impose la méconnaissance de toutes les données personnelles.

411. — Si l'on apprécie *in concreto* les vices du consentement, on ne prend pas en considération, pourtant, les erreurs et les craintes

(1) Encore ce principe n'est-il pas, on l'a vu, à l'abri de toute exception. La plus importante concerne les obligations alimentaires, dans le cas desquelles les facultés du débiteur constituent l'un des fondements mêmes de l'obligation.

inexcusables. Si l'on apprécie *in concreto* les besoins, on exige cependant que ceux-ci soient normaux, et ne se confondent pas avec les simples convenances personnelles. Si l'on apprécie *in concreto* le dommage, néanmoins l'on n'indemnise pas des frais et des chagrins déraisonnables (2). En tous ces domaines, l'appréciation *in concreto* n'exclut pas, dans l'ordre psychologique, l'introduction d'une norme. Elle ne confond pas individualité et subjectivité.

412. — A l'inverse, lorsque prévaut l'appréciation *in abstracto*, cela ne veut pas dire que l'on se réfère nécessairement à un *homo juridicus* purement abstrait. Outre que le type de référence se diversifie selon les situations, il faut se rappeler que l'appréciation *in abstracto* n'empêche pas d'avoir égard à certaines données personnelles.

On ne jugera pas la conduite d'un malade, d'un aveugle, d'un infirme, en la comparant invariablement à celle d'un homme sain et valide. Car ce n'est pas l'homme normal qui est le modèle absolu, mais l'homme raisonnable.

On n'oubliera pas non plus que l'appréciation *in abstracto* n'a de raison d'être que dans la mesure où, opposée à ceux qui se comportent anormalement et déraisonnablement, elle tend à assurer la sécurité juridique. Ce serait un abus de technique que de l'utiliser à rebours, au bénéfice de ceux qui sont plus doués ou mieux informés que la moyenne. Ainsi l'on tiendra compte, dans l'appréciation de la faute, des aptitudes particulières. De même on ne permettra pas, à celui qui a décelé la fausseté d'une apparence, de se prévaloir d'un vice caché ou d'une erreur commune.

413. — D'une manière très générale, on retiendra que la sécurité de tous impose de soumettre l'individu à l'empire de la raison mais que, s'il s'y soumet, la justice exige que lui-même, en tant qu'individu, si infirme ou si vulnérable soit-il, bénéficie, dans son être et dans son action, de cette sécurité juridique.

Pour se rapprocher d'un tel idéal, nos tribunaux font la part de l'abstrait et du concret avec beaucoup de nuances et d'une manière qui, sans doute, peut paraître assez complexe. Cette complexité est celle même de la vie sociale, et nous n'avons pu la méconnaître. Au lecteur qu'elle aurait indisposé, nous dirons en manière d'excuse — à l'instar de Joseph de Maistre — « qu'il n'y a pas de méthode facile pour apprendre les choses difficiles ».

(2) Du moins, pour ces derniers, on ne les indemnisait pas jusqu'à une époque récente. Mais en même temps que certain cheval, tout principe de modération, en ce domaine, a peut-être disparu...

Vu,
Le Président de la thèse :
H. MAZEAUD

Vu,
*Le Doyen de la Faculté de droit
et des Sciences Économiques
de Paris :*
G. VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
J. ROCHE.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, 6^e éd., par MARTIN et P. ESMEIN, 1936 à 1958, spécialement t. IV et VI.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE : *Traité théorique et pratique de droit civil, Obligations*, 4 vol., 3^e éd., 1906-1908.
- BEUDANT (Ch. et R.) et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Cours de droit civil français*, 2^e éd., spécialement t. IX bis par RODIÈRE, 1952.
- CAPITANT : *De la cause des obligations*, 3^e éd., 1927.
- CARBONNIER : *Droit civil*, t. II, 3^e éd., 1962.
- COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e éd., t. II, 1948.
- DABIN : *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans ses rapports avec le droit privé*, 1929.
- DEMOCUE : *Traité des obligations en général*, 7 vol., 1923 et s.
- DOMAT : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.
- FAUCONNET : *La responsabilité*, thèse lettres, Paris 1921.
- GARDENAT et SALMON-RICCI : *De la responsabilité civile (délits et quasi-délits)*, 1927.
- GAUDEMET (E.) : *Théorie générale des obligations*, 1937.
- GÉNY : *Science et technique en droit privé positif*, 1915-1924.
- IHERING : *De la faute en droit privé*, 1867.
- JOSSEERAND : *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928.
Cours de droit civil positif français, t. II, 3^e éd., 1938.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Traité de droit civil de A. COLIN et H. CAPITANT*, t. II, 1959.
- LALOU et AZARD : *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd., 1962.
- LAROMBIÈRE : *Théorie et pratique des obligations*, 2^e éd., 1885.
- MARTY et RAYNAUD : *Traité de droit civil*, t. II, vol. 1, 1962.
- MAZEAUD (H. et L.) et TUNC : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3 vol., 5^e éd., 1957-1960.
- MAZEAUD (H., L. et J.) : *Leçons de droit civil*, t. II, 2^e éd., 1962.
- MONIER : *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, 5^e éd., 1954.
- PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., spécialement t. VI par P. ESMEIN, 1952.
- POTHIER : *Traité des obligations*.
- RIPERT : *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., 1949.

- RIPERT et BOULANGER : *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. II, 1957.
 RODIÈRE : *La responsabilité civile*, 1952.
 ROUBIER : *Théorie générale du droit*, 2^e éd., 1951.
 SAVATIER (R.) : *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2 vol., 2^e éd., 1951.
 Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1952.
 Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 3^e série,
 Approfondissement d'un droit renouvelé, 1959.
 SAVATIER (R.), AUBY et PÉQUIGNOT : *Traité de droit médical*, 1956.
 SOURDAT : *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors
des contrats*, 2 vol., 6^e éd., 1911.
 VAREILLE-SOMMIÈRES (de) : *Les principes fondamentaux du droit*, 1889.

II. — MONOGRAPHIES ET THÈSES

- BETREMIEUX : *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile
en droit français*, thèse Lille, 1921.
 BOSC : *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse Montpellier, 1901.
 BRETON : *La notion de violence en tant que vice du consentement*, thèse Caen, 1925.
 CALAIS-AULOY : *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, 1961.
 CORBESCO : *Devoirs moraux et obligations légales*, thèse Paris, 1903.
 CORNU : *Étude comparative de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*,
thèse Paris, 1951.
 DELIYANNIS : *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, thèse Paris, 1951.
 GHESTIN : *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, 1963.
 GORPHE : *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, 1928.
 HALLER (M.) : *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à
réparation*, thèse Paris, 1926.
 IHERING : *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*
(Œuvres choisies, trad. MEULENAERE, t. II, p. 101).
 LAURENT (J.-C.) : *L'apparence dans le domaine des qualifications juridiques*, thèse Caen,
1931.
 LE BRUN : *Essai sur la prestation des fautes* (in POTHIER, Œuvres, éd. Bugnet, appen-
dice au *Traité des Obligations*, t. II, p. 503)
 LE COINTE : *Du fondement de la responsabilité civile et de la réparation du dommage
causé par des incapables*, thèse Paris, 1912.
 LÉGAL : *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle*, thèse Paris, 1922.
 LE ROY : *L'évaluation du préjudice corporel*, 2^e éd., 1959.
 LIMOUZINEAU : *Le problème de la responsabilité civile extra-contractuelle de l'aliéné
en France*, thèse Dijon, 1932.
 MARTEAU : *La notion de la causalité dans la responsabilité civile*, thèse Aix, 1914.
 NÉAGU : *La responsabilité civile extra-contractuelle de l'aliéné*, thèse Paris, 1927.
 ORSAT : *De l'imputabilité en matière de responsabilité civile*, thèse Paris, 1912.
 POTHIER :
 — *Traité du contrat de dépôt*.
 — *Traité du contrat de louage*.
 — *Traité du contrat de nantissement*.
 — *Traité du contrat de vente*.
 — *Traité du prêt à usage*.

- PRADEL : *La condition civile du malade*, thèse Poitiers, 1960.
 RABUT : *De la notion de faute en droit privé*, thèse Paris, 1946.
 RADOUANT : *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse Paris, 1920.
 RANJARD : *La responsabilité civile dans Domat*, thèse Paris, 1943.
 RENAULT (P.) : *Bases de la responsabilité contractuelle en matière civile et commerciale — le bon père de famille —*, thèse Paris, 1938.
 SALEILLES : *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897.
 SCHMIDT (J.-C.) : *Faute civile et faute pénale*, thèse Paris, 1928.
 SÉGUR : *La notion de faute contractuelle en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1954.
 STARCK : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.
 STATI : *Le standard juridique*, thèse Paris, 1927.
 TOULEMON et MOORE : *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, 2^e éd., 1957.
 TRUCHET : *Les décisions de jurisprudence admettant la responsabilité de l'aliéné*, mémoire, Paris 1962, polycopié.
 VALLEUR : *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris, 1938.
 VOISENET : *La faute lourde en droit privé français*, thèse Dijon, 1934.
 VOUIN : *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1939.

III. — ARTICLES, CHRONIQUES ET PRINCIPALES NOTES DE JURISPRUDENCE

- AL-SANHOURY : *Le standard juridique, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, t. II, p. 144.
 BARBIER : *Influence des circonstances atténuant la gravité de la faute sur l'étendue du droit à réparation en matière de responsabilité civile*, J.C.P. 1947.I.585.
 BÉNOIT : *Note sous Cons. d'Etat 5 décembre 1952*, J.C.P. 1953.II.7493.
 BLAEVOET : *De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative*, J.C.P. 1946.I.560.
 BLANC-JOUVAN : *La responsabilité de « l'infans »*, Rev. trim. droit civil 1957, p. 28.
 BRAUD : *L'évaluation des dommages-intérêts en matière d'accidents corporels de droit commun*, J.C.P. 1956.I.1275.
 BREDIN : *Note sous Trib. corr. Seine 19 décembre 1957*, S. 1958.137.
 BRETON : *Note sous Req. 17 novembre 1925*, S. 1926.I.121.
 Note sous Montpellier 30 juillet 1930, S. 1931.2.33.
 CAMERLYNCK : *Note sous Civ. sect. soc. 14 décembre 1960*, J.C.P. 1961.II.12307.
 COLIN : *Note sous Paris 13 novembre 1903*, D.P. 1904.2.73.
 COMBALDIEU : *Conclusions sous Paris 2 décembre 1952*, Gaz. Pal. 1953.1.320.
 CORNU : « Centenaire », D. 1959, Chron. p. 215.
 DABIN : *Erreur inexcusable et nullité des conventions*, in *Études de droit civil*, Bruxelles 1947, p. 35.
 DESBOIS : *Note sous Civ. sect. civ. 27 février 1951*, D. 1951.329.
 DONNEDIEU DE VABRES (J.) : *Les actes de l'héritier apparent*, Rev. trim. droit civil 1940-1941, p. 385.
 DONNIEU : *L'intérêt de l'enfant*, D. 1959, Chron. p. 179.
 ESMEIN (P.) : *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, Rev. trim. droit civil 1933, p. 627.
 — *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, Rev. trim. droit civil 1949, p. 481.
 — *Note sous Crim. 15 janvier 1958*, J.C.P. 1959.II.11026.

- GÉNY : *Risques et responsabilité*, Rev. trim. droit civil 1902, p. 812.
- HOLLEAUX : *Note sous Civ. 1^{re} sect. 3 novembre 1959*, D. 1960.187.
- JOSSERAND : *Note sous Civ. 23 novembre 1931*, D.P. 1932.1.129.
- LABBÉ : *De la démente au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile*, Rev. crit. législation et jurisprudence 1870, p. 107.
- LALOU : *La gamme des fautes*, D.H. 1940, Chron. p. 17.
- LAURENT (J.-C.) : *Note sous Req. 6 janvier 1930*, D.P. 1931.1.43.
— *Note sous Civ. 1^{re} sect. 17 octobre 1955*, J.C.P. 1956.II.9226.
- LÉAUTÉ : *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, Rev. trim. droit civil 1947, p. 288.
- LE GUEUT, NERSON et ROCHE : *Observations sur l'évaluation du préjudice corporel*, D. 1962, Chron. p. 185.
- LENOAN : *Conclusions sur Civ. 28 avril 1947*, D. 1947.329.
- LE ROY :
— *Le « calcul au point » et l'abattement du quart en matière d'évaluation du préjudice corporel*, J.C.P. 1956.I.1335.
— *La réparation du préjudice corporel : le problème doctrinal et le problème technique*, D. 1958, Chron. p. 17.
— *La réparation du préjudice corporel : le calcul « au point »*, D. 1961, Chron. p. 155.
- LÉVY (E.) : *Responsabilité et contrat*, Rev. crit. législation et jurisprudence 1899, p. 361.
- LINDON : *Conclusions sur Civ. sect. soc. 7 juillet 1960*, J.C.P. 1960.II.11794.
— *Note sous Civ. sect. soc. 10 avril 1962*, D. 1962.565.
- MAZEAUD (H.) : *La maxime « Error communis facit jus »*, Rev. trim. droit civil 1924, p. 929.
- MEURISSE : *De l'influence des états mentaux et de la maladie sur la responsabilité civile*, S. 1959, Chron. p. 13.
— *L'évaluation de l'incapacité en cas d'infirmités successives ou simultanées*, J.C.P. 1960.I.1549.
- NERSON : *Note sous Trib. civ. Pau 19 octobre 1945*, S. 1947.2.25.
- PASCAUD : *La responsabilité des aliénés*, Rev. crit. législation et jurisprudence 1905, p. 219.
- RIVIÈRE : *La responsabilité civile de l'inconscient*, Sem. jur. 1935, p. 1169.
- ROBLLOT : *De la faute lourde en droit privé français*, Rev. trim. droit civil 1943, p. 1.
- RODIÈRE : *La responsabilité des dépositaires et l'exode de 1940*, J.C.P. 1942.I.268.
— *Note sous Trib. civ. Sousse 12 décembre 1956*, J.C.P. 1957.II.9752.
- ROGER : *De la responsabilité pénale et civile de l'aliéné*, Gaz. Pal. 1939.2, Doct. p. 9.
- ROUAST : *L'abstrait et le concret dans le droit*, in « Où trouver le réel? », Cahiers de la Nouvelle Journée, 1927.
— *Note sous Chambres réunies 15 juillet 1941*, D.C. 1941.117.
- SAVATIER (R.) : *Note sous Req. 22 novembre 1937, 11 juillet 1938 et Civ. 27 décembre 1938*, D.P. 1939.1.81.
— *Note sous Douai 28 juillet 1953*, D. 1954.477.
- STARCK : *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, Rev. trim. droit civil 1958, p. 475.
- TUNC : *Note sous Orléans 30 juillet 1942*, D.C. 1943.17.
— *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, Rev. trim. droit civil 1945, p. 235.
— *Ébauche du droit des contrats professionnels*, in : *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges RIPERT*, t. II, p. 136.
— *Observations sur Riom 16 janvier 1962*, Rev. trim. droit civil 1962, p. 338.
- VOIRIN : *Note sous Bordeaux 10 décembre 1928*, D.P. 1929.2.81.
— *Note sous Trib. civ. Épinal 2 mai 1946*, D. 1947.321.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Position du problème (1-8). — Nécessité d'apprécier différemment selon les domaines (9-11). — Plan (12).	
<i>PREMIÈRE PARTIE</i>	
APPRÉCIATION <i>IN ABSTRACTO</i> ET APPRÉCIATION <i>IN CONCRETO</i> A L'ÉGARD DES SUJETS D'OBLIGATIONS JURIDIQUES (L'appréciation de la faute)	11
Notions générales (13). — Division de la matière (14-15)	
<i>TITRE I. — DOMAINES RESPECTIFS DE L'APPRÉCIATION IN ABSTRACTO ET DE L'APPRÉCIATION IN CONCRETO DE LA FAUTE</i>	
Plan (16).	15
<i>CHAPITRE PREMIER. — L'APPRÉCIATION DE L'ILLICITE</i>	17
Division du chapitre (17).	
<i>Section I. — L'appréciation de la faute quasi-délictuelle</i>	18
Exposé des questions (18-20). — Plan (21).	
§ 1. — Les infériorités d'ordre psychologique	20
Généralités (22). — Opinions doctrinales (23-25). — Appréciation <i>in abstracto</i> en jurisprudence (26). — Illustration de ce principe dans le cas des enfants (27). — Objection à écarter (28). — Application du principe relativement aux obligations légales (29). — Limitation au seul cas des infériorités psychologiques (30).	
§ 2. — Les infériorités d'ordre physique	31
Position du problème et doctrine (31). — Devoir, pour l'infirme, de s'efforcer à un comportement normal (32-34). — Influence des particularités physiques sur le standard de comportement (35-40). — Justification de cette influence (41-43).	
§ 3. — Les supériorités individuelles	43
Particularisme du problème (44). — Double influence des supériorités individuelles (45).	
1 ^o Les aptitudes particulières, élément d'illicéité	45
Capacités professionnelles exceptionnelles (46). — Capacités professionnelles considérées en dehors de l'exercice de la profession (47). — Autres aptitudes particulières (48-51).	
2 ^o Les aptitudes particulières, élément de licéité	52
Exemples (52). — Explication (53).	
Conclusion de la section I (54-55)	53

<i>Section II. — L'appréciation de la faute délictuelle</i>	54
Délimitation de la question (56). — Impossibilité de confondre investigation psychologique et appréciation <i>in concreto</i> (57). — Cas où une appréciation est nécessaire (58-59). — Appréciation <i>in abstracto</i> (60-62).	
<i>Section III. — L'appréciation de la faute contractuelle</i>	61
Généralités : rôle des volontés particulières (63-64). — Division (65).	
§ 1. — Le principe : appréciation <i>in abstracto</i>	63
Le bon père de famille (66-70). — Le bon professionnel (71-73). — Réserves à apporter : les infériorités physiques (74-75); les aptitudes supérieures (76-78). — Conclusion (79-80).	
§ 2. — La règle exceptionnelle d'appréciation <i>in concreto</i> (obligation du dépositaire)	74
Appréciation <i>in concreto</i> dans le cas du dépôt gratuit (81-82). — Retour à l'appréciation <i>in abstracto</i> dans le cas du dépôt salarié (83-85). — Exclusion de l'appréciation <i>in concreto</i> dans le cas du mandat gratuit (86).	
Conclusion de la section III (87).	78
<i>Section IV. — L'appréciation de la force majeure</i>	79
Généralités (88). — Double aspect du problème (89).	
§ 1. — Intériorité et extériorité de la force majeure par rapport à la personne	81
Distinction avec le problème de l'extériorité vis-à-vis de l'entreprise ou de la chose (90-93). — Non-exigence de l'extériorité en matière d'obligations contractuelles ou légales (94-96). — Matière délictuelle : exigence de l'extériorité pour l'application de l'art. 1384 al. 1 ^{er} C. civ. (97-101).	
§ 2. — Impossibilité relative et impossibilité absolue	89
Principe de l'appréciation <i>in abstracto</i> (102-103). — Réserve touchant l'aptitude économique (104). — Réserve touchant l'aptitude physique (105).	
Conclusion de la section IV (106)	92
<i>Conclusion du chapitre</i>	93
Appréciation <i>in abstracto</i> , mais en tenant compte des circonstances internes compatibles avec le type de l'homme avisé (107).	
<i>CHAPITRE II. — L'APPRÉCIATION DE L'IMPUTABILITÉ</i>	95
Irresponsabilité des individus privés de raison (108). — Lien avec le problème de l'appréciation <i>in abstracto</i> ou <i>in concreto</i> (109). — Division du chapitre (110).	
<i>Section I. — Les éléments concrets dans l'appréciation de l'imputabilité</i>	98
L'appréciation de l'imputabilité considérée comme pure question d'espèce (111-113).	
<i>Section II. — Les éléments abstraits dans l'appréciation de l'imputabilité</i>	100
Division (114).	
§ 1. — L'appréciation abstraite des facultés intellectuelles	100
Refus de tenir compte des inégalités dans l'ordre intellectuel (115-119).	
§ 2. — La méconnaissance du fait psychologique concret	105
Refus de tenir compte des défaillances momentanées (120-121).	
§ 3. — La reconnaissance abstraite du libre-arbitre	106
Responsabilité du dément qui n'a pas agi de façon purement machinale (122).	
<i>Conclusion du chapitre</i>	107
Rôle des postulats abstraits en ce domaine (123). — Critique du recours à l'idée d'imputabilité (124-125).	
<i>CHAPITRE III. — L'APPRÉCIATION DE LA GRAVITÉ DES FAUTES</i>	109
Généralités (126). — Cas particulier de la faute intentionnelle (127). — Division du chapitre (128).	
<i>Section I. — La gravité objective de la faute</i>	111
Gravité envisagée pour un partage de responsabilité (129). — Faute lourde (130-133). — Faute grave ou lourde en droit du travail (134-136). — Faute grave engageant la responsabilité du preneur rural en cas d'incendie (137). — Faute inexcusable en droit du travail (138-143) et en droit aérien (144-145).	

<i>Section II. — La gravité subjective de la faute</i>	126
Généralités (146). — Fautes justifiant des peines privées (147). — Fautes retenues en matière de divorce et de séparation de corps (148-151).	
<i>Conclusion du chapitre</i>	131
Dualité des points de vue moral et social (152).	
CONCLUSION DU TITRE 1 ^{er}	132
Prépondérance de l'appréciation <i>in abstracto</i> relativement à la faute civile (153). — Comparaison avec l'appréciation de la faute pénale (154). — Problèmes suscités par cette appréciation <i>in abstracto</i> (155).	
 TITRE II. — FONDEMENTS ET MISE EN ŒUVRE DE L'APPRÉCIATION IN ABSTRACTO DE LA FAUTE	135
Plan (156).	
 CHAPITRE I. — LES FONDEMENTS DE LA RÉFÉRENCE A UN TYPE HUMAIN ABSTRAIT	137
Généralités (157). — Explications insuffisantes (158-161). — Distinction nécessaire (162).	
<i>Section I. — Les fondements généraux de la référence à un type humain statistique</i>	142
Généralités (163-165). — Raisons propres au domaine contractuel (166). — Nocivité des inaptitudes en raison de leur caractère anormal (167-168). — Inconvénients limités du renoncement imposé aux sujets inaptes (169-170). — Justification de l'appréciation <i>in abstracto</i> par ces différentes raisons (171-173). — Conséquence en ce qui concerne la notion du normal (174). — Limites de cette référence à l'homme normal (175-178).	
<i>Section II. — Les fondements particuliers de la référence à un type humain moral et raisonnable</i>	152
Caractère abstrait des règles morales et logiques (179-184).	
<i>Conclusion du chapitre</i>	155
Bien-fondé de la référence à un type abstrait, en dépit des diversités individuelles (185-186).	
 CHAPITRE II. — LA DÉTERMINATION DU TYPE DE RÉFÉRENCE ABSTRAIT	157
Questions à examiner (187-190).	
<i>Section I. — Les aptitudes attribuées au type de référence</i>	158
Raison et intelligence (191). — Courage et sang-froid (192). — Connaissances et habileté : caractère variable du type de référence (193); activités ordinaires de la vie (194); activités requérant un apprentissage spécial (195); activités professionnelles (196-198); situation du type de référence par rapport au niveau moyen (199).	
<i>Section II. — Le soin attribué au type de référence</i>	168
Notions générales (200).	
§ 1. — Le caractère variable du soin exigible	169
Variation du soin selon la nature de l'obligation (201-203). — Variation du soin selon les circonstances de fait (204-205).	
§ 2. — Le recours aux usages	171
Usages à considérer, à ce point de vue (206-208). — Justification du contrôle des usages par le juge (209-210).	
<i>Conclusion du chapitre</i>	174
Rôle et limite des considérations statistiques (211).	
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	175
Prédominance justifiée de l'appréciation <i>in abstracto</i> (212). — Solution justifiée seulement pour l'appréciation de la faute (213).	

DEUXIÈME PARTIE

APPRÉCIATION IN ABSTRACTO ET APPRÉCIATION IN CONCRETO
A L'ÉGARD DES BÉNÉFICIAIRES D'UNE PROTECTION JURIDIQUE. 177

Position générale du problème (214). — Division de la matière (215).

TITRE I. — L'APPRÉCIATION DE L'ERREUR ET DE LA CRAINTE,
CONDITIONS D'UNE PROTECTION JURIDIQUE 181
Inventaire des questions (216-219).CHAPITRE PREMIER. — L'APPRÉCIATION DE L'APPARENCE 183
Division du chapitre (220).Section I. — *Le vraisemblable et le suspect* 184
Apparence et bonne foi (221).§ 1. — L'appréciation de la bonne foi 184
Généralités (222-223). — Bonne foi en matière de mariage putatif (224). —En matière d'acquisition des fruits (225). — En matière d'usucapion abrégée
et d'acquisition des meubles par la possession (226). — Conclusion (227).§ 2. — Le recours à la théorie de l'apparence 188
Généralités (228).1^o L'apparence comme principe d'une erreur commune 189
Notion d'erreur commune (229-233).2^o L'apparence comme principe d'une erreur légitime 191
Appréciation selon le critère de l'homme avisé (234-239).

Conclusion de la section I (240) 193

Section II. — *L'ostensible et l'occulte (Appréciation des vices cachés)* 194Position du problème (241). — Non-considération de la connaissance concrète
(242). — Non-considération des inaptitudes personnelles (243). — Niveau
du type de référence abstrait (244). — Conclusion (245).

Conclusion du chapitre 199

Prédominance de l'appréciation *in abstracto*, la protection juridique consti-
tuant ici une faveur (246-247).

CHAPITRE II. — L'APPRÉCIATION DES VICES DU CONSENTEMENT 203

Les incapacités (248). — Le problème posé en matière de vices du consen-
tement (249). — Plan (250).Section I. — *L'appréciation de l'erreur* 205
Division (251).§ 1. — Erreur singulière et erreur normale 205
Position du problème (252-254). — Nécessité d'une erreur excusable (255).— Appréciation *in concreto* (256-258).§ 2. — Erreur substantielle et erreur déterminante. 210
Unité ou dualité des questions (259).1^o Appréciation du caractère substantiel de l'erreur 210
Généralités (260-261). — Qualités substantielles *in abstracto* (262-
263). — Qualités substantielles *in concreto* (264-269). — Caractère

substantiel de l'erreur sur la personne (270-273).

2^o Appréciation du caractère déterminant de l'erreur. 220
Principe de l'appréciation *in concreto* (274-277).

Conclusion sur l'erreur (278) 222

Section II. — *L'appréciation du dol* 223
Position du problème (279).

§ 1. — Le caractère trompeur des mensonges ou manœuvres	223
Appréciation du dol en tant que faute (280). — Appréciation du côté de la victime : nécessité d'une erreur excusable (281). — Appréciation <i>in concreto</i> (282-283).	
§ 2. — Le caractère déterminant de l'erreur provoquée	227
Appréciation <i>in concreto</i> (284-285).	
Conclusion sur le dol (286)	228
Section III. — L'appréciation de la violence	228
Généralités (287). — L'art. 1112 C. civ. et son interprétation (288). — Appréciation <i>in concreto</i> en jurisprudence (289-293). — Conclusion (294).	
Conclusion du chapitre	234
Prédominance de l'appréciation <i>in concreto</i> (295). — Comparaison avec l'appréciation <i>in abstracto</i> qui prévaut en d'autres domaines (296-298).	
TITRE II. — L'APPRÉCIATION DE LA SITUATION DU CRÉANCIER, MESURE D'UNE PROTECTION JURIDIQUE	237
Généralités (299). — Particularités existant chez les bénéficiaires d'une obligation de diligence (300-302). — Division (303).	
CHAPITRE PREMIER. — L'APPRÉCIATION DES BESOINS	241
Généralités; l'appréciation de l'utilité (304-308). — Plan du chapitre (309).	
Section I. — Les besoins en général (cas des obligations alimentaires). . . .	242
Obligations alimentaires : besoins et ressources (310-311). — Besoins universels et besoins particuliers (312). — Besoins liés à la santé (313-314). — Besoins intellectuels (315). — Besoins tenant au milieu social (316-321). — Conclusion : norme fixée <i>in concreto</i> (322).	
Section II. — Les besoins liés au logement	251
Rôle des besoins en la matière (323-326). — Besoins relatifs à la santé (327-329). — Besoins psychologiques : dans l'ordre intellectuel (330-331); en fonction du milieu social (332); habitudes et convenances personnelles (333-334).	
Conclusion du chapitre	260
Recours à une norme fixée <i>in concreto</i> (335-336).	
CHAPITRE II. — L'APPRÉCIATION DU DOMMAGE	263
Position des problèmes (337-343). — Plan du chapitre (344).	
Section I. — Les particularités personnelles et la détermination des éléments du dommage	266
Généralités (345). — Division (346).	
§ 1. — Influence objective des particularités personnelles sur le dommage .	268
Divers modes de cette influence (347).	
1 ^o Les particularités personnelles influençant le dommage sans intervenir dans sa réalisation	269
Critique des théories favorables à l'appréciation <i>in abstracto</i> (348). — Jurisprudence tenant compte des particularités personnelles (349-355).	
2 ^o Les particularités personnelles intervenant dans la réalisation du dommage	273
Critique de l'appréciation <i>in abstracto</i> (356-361). — Jurisprudence sur les prédispositions (362-367).	
Conclusion du § 1 (368-369)	280
§ 2. — Influence de la psychologie individuelle sur le dommage	281
Généralités (370-371). — Préjudice pécuniaire (372-375). — Préjudice d'agrément (376-379). — Préjudice moral (380-382).	
Conclusion de la section I (383)	288
Section II. — Les particularités personnelles et la technique de l'appréciation du dommage	288
Division (384).	

§ 1. — Le recours à l'abstrait à l'encontre de l'incertitude	289
Problèmes de preuve (385). — Incertitude de l'avenir (386). — L'irréel (387). — L'aléa (388-389).	
§ 2. — Le recours à l'abstrait à l'encontre de l'arbitraire	292
Généralités (390). — Problèmes posés par l'évaluation du dommage corporel (391-392). — Le taux d'incapacité (393-395). — Les procédés d'évaluation pécuniaire (396-400).	
<i>Conclusion du chapitre</i>	300
Maintien du principe de l'appréciation <i>in concreto</i> (401-404)	
CONCLUSION GÉNÉRALE	303
Nécessité de nuancer les hypothèses initiales (405). — Domaines respectifs de l'appréciation <i>in abstracto</i> et de l'appréciation <i>in concreto</i> (406-409). — Mise en œuvre de ces deux modes de raisonnement : limites apportées tant à l'individualisation qu'à l'abstraction (410-413).	
BIBLIOGRAPHIE	307
TABLE DES MATIÈRES	311

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS

Dépôt légal : 1^{er} trim. 1965, n^o éd. : 990

Printed in France

IMPRIMERIE ALÉNÇONNAISE

Place Poulet-Malassis

ALÉNÇON (Orne)

Dépôt légal : 1^{er} trim. 1965 n^o d'ordre 7.085

